

La prise de possession par le fiduciaire en vertu d'un acte de fiducie

Michel Cordeau

Volume 24, numéro 3, 1983

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042560ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042560ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Cordeau, M. (1983). La prise de possession par le fiduciaire en vertu d'un acte de fiducie. *Les Cahiers de droit*, 24(3), 531–603. <https://doi.org/10.7202/042560ar>

Résumé de l'article

Under the Special Corporate Powers Act of the Province of Quebec, a trustee for bondholders, in the event of failure of the corporation to fulfil the conditions of the trust deed, is empowered to take possession, to administer and to sell the assets on which security was given, for the benefit of the bondholders. However, Quebec law does not specify the duties of the trustee when he exercises his powers and this has resulted in numerous court debates.

In the first part of this article, the nature of the security obtained under a trust deed is examined in order to establish the framework within which the powers of the trustee are exercised. The second part of this article examines the duties and powers of the trustee when he takes possession, when he administers and when he disposes of the property of the corporation.

The author emphasises the inadequacies in the law of Quebec, particularly as to the definition of the duties and powers of the trustee and to the judicial mechanism enabling the trustee for bondholders to take possession and to sell the assets of the corporation. The resulting difficulty of determining the respective rights and duties of the trustee and the corporation gives rise to ambiguous situations.

La prise de possession par le fiduciaire en vertu d'un acte de fiducie

Michel CORDEAU*

Under the Special Corporate Powers Act of the Province of Quebec, a trustee for bondholders, in the event of failure of the corporation to fulfil the conditions of the trust deed, is empowered to take possession, to administer and to sell the assets on which security was given, for the benefit of the bondholders. However, Quebec law does not specify the duties of the trustee when he exercises his powers and this has resulted in numerous court debates.

In the first part of this article, the nature of the security obtained under a trust deed is examined in order to establish the framework within which the powers of the trustee are exercised. The second part of this article examines the duties and powers of the trustee when he takes possession, when he administers and when he disposes of the property of the corporation.

The author emphasises the inadequacies in the law of Quebec, particularly as to the definition of the duties and powers of the trustee and to the judicial mechanism enabling the trustee for bondholders to take possession and to sell the assets of the corporation. The resulting difficulty of determining the respective rights and duties of the trustee and the corporation gives rise to ambiguous situations.

	Pages
Introduction	532
1. Les garanties créées par la loi	533
1.1. Introduction	533
1.2. L'hypothèque et le nantissement sur les immeubles	534
1.3. Le nantissement et le gage des meubles	536
1.4. La cession transport avec droit de prendre possession, d'administrer et de vendre	538
2. Les droits du fiduciaire lorsqu'il prend possession	541
2.1. Les cas de défaut	541

* Avocat

2.2.	Le délai pour demander paiement	542
2.3.	Le délai pour prendre possession	543
2.4.	Formalités requises	546
2.5.	La prise de possession forcée	549
2.5.1.	La nécessité d'autorisation judiciaire	549
2.5.2.	La saisie avant jugement	553
2.5.3.	Le séquestre judiciaire	558
2.5.4.	L'injonction	564
2.6.	L'effet de la prise de possession	567
2.6.1.	Sur les biens mobiliers	567
2.6.2.	Sur les biens immobiliers	572
3.	L'administration des biens	576
3.1.	Le statut juridique du fiduciaire	576
3.2.	Les obligations du fiduciaire	579
4.	La vente des biens	583
4.1.	Introduction	583
4.2.	Responsabilité vis-à-vis la corporation	583
4.3.	L'avis de soixante jours	585
4.4.	La vente en justice	587
4.4.1.	La vente des immeubles	587
4.4.2.	La vente des meubles	589
4.5.	La vente de gré à gré	590
4.5.1.	Le délai dans le transfert de la propriété	590
4.5.2.	Les autres charges sur les biens	591
4.5.3.	La faillite de la corporation	595
4.5.4.	Les travailleurs syndiqués	599
4.6.	Distribution du prix de vente	600
	Conclusion	601

Introduction

La *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*¹ a été adoptée à son origine en 1914² dans le but de permettre aux compagnies qui s'y conforment de consentir des sûretés additionnelles à celles du Code civil.

1. L.R.Q., c. P-16.

2. *Loi amendant les Statuts Refondus 1909 en y insérant les articles 6119a, 6119b, 6119c et 6119d*, S.Q. 1914, 4 Geo V. c. 51.

Depuis son adoption, cette loi n'a subi pratiquement aucun changement. En effet, les seules modifications qui ont été effectuées se retrouvent aux articles 30 et 31, lesquels furent ajoutés respectivement en 1924³ et en 1929⁴.

Malgré cette existence législative longue et stable, la quantité des litiges soumis à nos tribunaux relativement à son interprétation semble démontrer que son application est encore souvent nébuleuse.

La nature des garanties créées par cette loi a fait l'objet de plusieurs articles de doctrine ainsi que de nombreuses décisions de nos tribunaux et il était certes fondamental de déterminer cette nature puisqu'elle constitue la base des recours qui peuvent être exercés par le fiduciaire lorsque ces garanties deviennent exécutoires.

Cependant, le fait de déterminer quelles sont les garanties consenties au fiduciaire pour les obligataires aux termes de la Loi ne résout pas automatiquement tous les problèmes qui peuvent être soulevés lorsqu'elles deviennent exécutoires, d'autant plus que la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* ainsi que le *Code civil* ne traitent que superficiellement de cette question.

Nous avons tenté, dans ce travail, d'analyser les droits et les pouvoirs du fiduciaire vis-à-vis la corporation émettrice, ses ayants-droit ainsi que ses autres créanciers lorsque les garanties créées par la Loi deviennent exécutoires. Dans un premier temps, nous procéderons à une revue des garanties qui peuvent être consenties. Dans un deuxième temps, nous examinerons les droits du fiduciaire lorsqu'il prend possession des biens qui lui ont été donnés en garantie, ensuite lorsqu'il les administre et finalement, lorsqu'il les vend.

1. Les garanties créées par la loi

1.1. Introduction

Les dispositions de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* ayant trait à la constitution des garanties se retrouvent aux articles 27, 28 et 30. Il est important de noter que les seules garanties dont il est fait mention dans ces articles sont l'hypothèque, le nantissement et le gage.

Ces garanties existaient déjà dans le *Code civil* et bien que leur portée soit étendue par l'effet de ces articles, leur nature demeure régie par les dispositions du *Code civil* sur l'hypothèque, le nantissement et le gage.

3. *Loi concernant les pouvoirs de certaines compagnies, d'émettre et de réémettre des obligations, débentures et autres valeurs*, S.Q. 1923-24, 14 Geo V. c. 63.

4. *Loi modifiant la Loi sur les pouvoirs spéciaux de certaines corporations*, S.Q. 1929, 19 Geo V. c. 69.

C'est d'ailleurs ce qui a été décidé par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Laliberté c. Larue*⁵ où le tribunal était appelé à examiner les modifications apportées au *Code civil* par cette loi. Le juge Rinfret, parlant pour la majorité, décide sur ce point ce qui suit :

L'innovation apportée par le statut (...) a donc été — et a été seulement :

- 1) d'étendre l'hypothèque conventionnelle aux biens mobiliers et aux biens futurs ;
- 2) d'appliquer le nantissement ou le gage à des biens qui pouvaient également être futurs, mais surtout à des biens dont le débiteur « conservait la possession et l'usage ».

Pour le reste, ce dont parle le statut, c'est l'hypothèque telle qu'elle a toujours existé, ce sont le nantissement et le gage tels qu'ils ont toujours été conçus dans le droit français et dans le régime légal de la province de Québec.⁶

Les modifications apportées par la Loi au régime des sûretés traditionnelles affectent les garanties sur les biens immobiliers, les biens mobiliers ainsi que l'exécution de ces garanties.

1.2. L'hypothèque et le nantissement sur les immeubles

L'article 27 de la Loi énonce que toutes compagnies à fonds social qui rencontrent les conditions y énoncées peuvent :

Hypothéquer, nantir ou mettre en gage, pour garantir le paiement des bons, obligations (debentures) et actions-obligations (debenture-stock) que la loi les autorise à émettre, leurs biens mobiliers ou immobiliers présents ou futurs qu'elles possèdent ou posséderont au Québec.⁷

Cette disposition étend la portée de l'hypothèque traditionnelle en permettant l'hypothèque sur les biens immobiliers futurs. En effet, l'hypothèque conventionnelle du *Code civil* n'est valable qu'en autant que l'acte désigne spécialement l'immeuble hypothéqué et ne peut être consentie que par celui qui a la capacité d'aliéner cet immeuble au moment de la signature de l'acte.⁸ Cette règle générale a d'ailleurs été confirmée par la Cour d'appel dans l'affaire *Corporation du Village de la Pointe Gatineau c. Hanson*⁹ et a été

5. [1931] R.C.S. 7.

6. *Id.*, pp. 16-17.

7. *Supra*, note 1.

8. Articles 2037 et 2042 C. C.

9. (1901) 10 B.R. 346.

réaffirmée récemment par la même Cour dans l'affaire *in re Barnabé & Fils Limitée : Normandeau c. Gingras*¹⁰ où le juge Gagnon énonce que :

C'est en dérogation du droit commun que la Loi des pouvoirs spéciaux des corporations permet d'hypothéquer des immeubles futurs qu'une corporation possédera dans la province.¹¹

Bien que la Loi autorise l'hypothèque sur les biens immobiliers futurs, cette dernière est soumise à certaines conditions pour être opposable aux tiers. Ainsi, l'article 29 de la Loi stipule ce qui suit :

« Les droits que confèrent sur les immeubles l'hypothèque et le nantissement et la manière dont ils doivent être enregistrés sont déterminés dans le Code civil, au titre des Privilèges et hypothèques et à celui de l'Enregistrement des droits réels, et ils y sont sujets s'il n'y est pas dérogé par les dispositions du présent article. »¹²

À titre de corollaire, l'article 2120 a) du *Code civil* précise que cette hypothèque a son effet sur tout immeuble acquis postérieurement par l'enregistrement d'un avis indiquant le bien immobilier acquis, l'acte qui l'affecte et le montant de l'hypothèque. Cependant, cet avis n'affecte l'immeuble qu'à compter de la date de son enregistrement ; par conséquent, ce n'est qu'au moment de l'enregistrement de l'avis requis sur le bien immobilier concerné que l'hypothèque prend effet. C'est d'ailleurs ce qu'a décidé le juge Gagnon dans l'affaire examinée précédemment :

Il est vrai que le fiduciaire, unilatéralement et de son propre chef, peut procéder à l'enregistrement. L'article 2120a lui en donne expressément la faculté. Encore faut-il qu'il exerce ce pouvoir pour que l'immeuble postérieurement acquis par la corporation débitrice soit effectivement affecté et que l'hypothèque soit acquise.¹³

Cette décision de la Cour d'appel est très importante à cause de la règle établie par l'article 2130 du *Code civil* qui énonce que les droits réels ont rang suivant la date de leur enregistrement ; il est donc possible, pour une corporation qui a consenti une hypothèque sur ses biens immobiliers futurs, de subséquemment consentir une hypothèque en faveur d'un tiers, sur un nouvel immeuble qu'elle acquiert, et cette hypothèque prendra rang avant celle consentie en faveur du fiduciaire si elle est enregistrée antérieurement à l'enregistrement de l'avis prévu à l'article 2120a du *Code civil*.

10. [1973] C.A. 516.

11. *Id.*, à la page 524.

12. *Supra*, note 1.

13. *Supra*, note 10 à la page 525.

À l'exception de ce que nous avons mentionné précédemment, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* ne modifie pas les droits que confère l'hypothèque conventionnelle. Ces droits sont celui de faire vendre les immeubles hypothéqués en quelques mains qu'ils soient et celui d'être préféré sur le produit de la vente, tel que prévu à l'article 2016 du *Code civil*.

Il faut également noter qu'en plus de l'hypothèque, la Loi permet le nantissement des biens immobiliers. Cette garantie, dont il est fait mention à l'article 1967 du *Code civil*, ajoute aux droits déjà conférés par l'hypothèque, celui de prendre possession des biens nantis. Même si ce droit est maintenant expressément stipulé à l'article 30 de la Loi, il n'en demeure pas moins que le nantissement sur les immeubles en constitue le fondement, et permettait l'exercice de ce droit par le fiduciaire avant l'insertion de l'article 30 en 1924¹⁴.

1.3. Le nantissement et le gage des meubles

L'article 27 de la Loi permet également le gage des biens mobiliers présents et futurs d'une compagnie à fonds social en suivant les mêmes exigences que celles énoncées pour les biens immobiliers. Au surplus, l'article 28 de la Loi énonce que :

...cette garantie est bonne et valable, bien que le fidéicommissaire permette à celui qui accorde le nantissement ou le gage de conserver la possession et l'usage des biens ainsi nantis ou engagés.¹⁵

Ces modifications sont très importantes car les règles du *Code civil* s'opposent au nantissement ou au gage des biens meubles sans dépossession, de même qu'au gage des biens futurs. En effet, le *Code civil* prévoit que la chose nantie doit être mise entre les mains du créancier et retenue par lui pour sûreté de la dette et ce privilège ne subsiste qu'en autant que le gage reste en sa possession ou celle d'un tiers convenu¹⁶. Cet élargissement de la portée du nantissement et du gage du *Code civil* quant aux biens mobiliers était nécessaire au point de vue commercial, car il est impossible pour une entreprise d'opérer si elle est dépossédée de sa machinerie et de ses autres biens mobiliers ; c'était d'ailleurs le but recherché lors de l'adoption de cette loi¹⁷.

14. L. PAYETTE, « La charge flottante », *Conférences Commémoratives Meredith*, Richard De Boo, 1977 aux pages 76 et 77.

15. *Supra*, note 1.

16. Articles 1966 et 1970 C.C.

17. Y. RENAUD et J. SMITH, *Droit Québécois des Corporations Commerciales*, Montréal, Judico Inc., 1974, Vol. 2, p. 923.

À cette époque, la création du droit de gage sans dépossession par statut était considéré comme « exorbitant du droit commun »¹⁸; il n'en reste pas moins que son utilité a été reconnue depuis longtemps et a mené le législateur québécois à adopter d'autres formes de nantissement sans dépossession dont notamment le nantissement agricole¹⁹ et le nantissement commercial²⁰.

Puisque la Loi autorise le nantissement et le gage sans dépossession du débiteur, il était nécessaire de prévoir un mécanisme de publicité afin de protéger les tiers. Pour cette raison, l'article 29 de la Loi en requiert l'enregistrement :

...dans le bureau d'enregistrement où la compagnie a son siège social au Québec, ainsi que dans toute autre division où elle a un bureau d'affaires.²¹

Même si la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* a élargi la portée du nantissement et du gage du *Code civil*, elle n'en a pas modifié les attributs. Les droits que confère le gage sont celui d'être préféré aux autres créanciers sur le produit de la vente de la chose donnée en gage et celui de retenir la chose jusqu'à paiement de la dette. Bien que la créance de celui qui a un droit de gage ou de rétention soit colloquée au quatrième rang dans l'ordre de priorité des créances privilégiées sur les biens mobiliers, tel qu'énoncé à l'article 1994 du *Code civil*, la Loi déroge à cette règle et stipule, à l'article 29, que le privilège sur les meubles présents et futurs prend rang immédiatement après les autres privilèges sur les meubles énumérés aux articles 1994, 1994a, 1994b et 1994c du *Code civil*. Or, les privilèges prennent rang suivant les dispositions de la loi indépendamment de la date à laquelle ils ont pris naissance, de sorte que les droits conférés en faveur du fiduciaire sur les biens meubles prennent toujours rang après ceux des autres créanciers détenant un privilège sur ces meubles²². Puisque la Loi ne fait aucune distinction entre le nantissement spécifique des biens présents et le nantissement général de biens présents et futurs, ils occupent tous deux le même rang. Par conséquent, au niveau des biens meubles, que la charge soit fixe ou flottante, il n'en résulte aucune différence au moment de l'exercice de ces garanties²³.

Quant au droit de rétention, celui-ci existe en faveur du créancier gagiste en possession de la chose qui a été donnée à titre de sûreté. Or, puisque la Loi

18. *La Manufacture de seaux et de boîtes de Trois-Rivières c. Béliveau et Bisson*, (1921) 30 B.R. 389, à la page 392.

19. *Loi sur les nantissements agricole et forestier*, S.Q. 1940, c. 69.

20. *Loi relative au nantissement commercial*, S.Q. 1961-62, c. 57.

21. *Supra*, note 1.

22. *Supra*, note 14 à la page 59.

23. *Supra*, note 17 à la page 1016.

autorise le nantissement et le gage sans dépossession, il en découle que le droit de rétention ne prend naissance qu'au moment où le fiduciaire, après défaut de la corporation, prend possession de ses actifs, car ce n'est qu'à ce moment, qu'il devient créancier gagiste en possession du gage²⁴.

1.4. La cession transport avec droit de prendre possession, d'administrer et de vendre

Bien que la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* élargisse le cadre des garanties traditionnelles du Code civil, il n'en demeure pas moins que les garanties ainsi constituées sont régies par les dispositions du *Code civil* relatives aux hypothèques, nantissements ou gages.

Or, ni le créancier hypothécaire, ni le créancier gagiste ne peuvent administrer et disposer, à leur gré, des biens affectés à leur garantie. Leur seul recours est de faire saisir et vendre en justice ces biens pour être payés par préférence selon leur rang²⁵.

En plus, bien que le nantissement et le gage donnent droit à la possession des biens, cette possession est alors régie par les dispositions énoncées à l'article 1972 du *Code civil* qui prévoit que les biens restent entre les mains du créancier seulement comme un dépôt; or, les règles relatives au dépôt²⁶ cadrent bien mal avec l'administration des biens d'une entreprise commerciale.

Dans le but de remédier à ces difficultés, le législateur québécois a introduit l'article 30 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* qui prévoit ce qui suit :

Il est et il a toujours été loisible à une compagnie visée par les articles de la présente section, en sus de les hypothéquer, nantir et mettre en gage pour les fins mentionnées auxdits articles, de céder et transporter, pour les mêmes fins, lesdits biens au fidéicommissaire, avec pouvoir, au cas de défaut par la compagnie de remplir les conditions de l'acte de fidéicommis, de prendre possession des biens cédés et transportés, de les administrer et de les vendre pour le bénéfice des obligataires.²⁷

Cet article 30 ajoute donc au pouvoir de prendre possession, que le fiduciaire détenait déjà, ceux d'administrer et de vendre. Ceci renforce les garanties déjà détenues par le fiduciaire en lui permettant, en cas de défaut, de choisir le temps et la manière les plus propices pour vendre²⁸.

24. *Supra*, note à la page 63.

25. Articles 1971 et 2056 C.C.

26. Articles 1974 et ss. C.C.

27. *Supra*, note 1.

28. *Supra*, note 17 p. 948.

Malheureusement, la rédaction un peu confuse de cet article a soulevé de nombreux problèmes quant à son interprétation. En effet, puisqu'il est prévu que la compagnie peut céder et transporter ses biens au fiduciaire, d'aucuns ont prétendu qu'il s'agissait là d'une aliénation de la propriété de la compagnie en faveur du fiduciaire²⁹.

Cette question a été tranchée une première fois par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Laliberté c. Larue*³⁰ où le juge Rinfret exprime l'opinion que l'article 30 de la Loi constitue une cession en garantie et non un transport absolu de propriété :

Les mots « céder et transporter » employés seuls comportent une aliénation absolue. Mais ils ne sont pas employés seuls dans cet article. Au point de vue légal, il y a la même différence qu'entre les expressions « donner » et « donner en gage ». (...) Céder pour garantir, transporter pour garantir, c'est la même chose que céder ou transporter en garantie ; et ce n'est pas céder et transporter d'une façon absolue. Une cession ou un transport pur et simple est final et constitue une aliénation définitive. Une cession ou un transport en garantie implique une idée de retour.³¹

Cette décision majoritaire de la Cour suprême du Canada a fait l'objet de nombreuses discussions, mais elle fait autorité et a été suivie par nos tribunaux, notamment dans l'affaire *Darveau es-qual c. Damours et Damours et fils Ltée*³² où le juge Tellier résume les droits conférés au fiduciaire :

L'acte de fiducie ou de fidéicommiss, dont il s'agit en cette cause, ne comporte, ni une vente, ni une dation en paiement, ni un échange. Il crée, au profit des porteurs d'obligations, une hypothèque, ainsi qu'un droit de nantissement et de gage sur tous les biens, meubles et immeubles, actuels et futurs, de la mise-en-cause, mais sans enlever à cette dernière son droit de propriété, ni même, pour le présent, son droit de possession. Sa possession, elle ne la perdra que si elle vient à manquer, de quelque façon, à ses obligations envers les obligataires.³³

De plus, l'interprétation du texte de l'article 30 de la Loi à l'effet qu'il s'agit d'une cession en garantie et non d'une aliénation semble avoir été définitivement confirmée par la décision unanime de la Cour suprême du Canada dans *General Trust of Canada c. Roland Chalifoux Limitée et Laval Transport Inc.*³⁴

29. A. LAVALLÉE, « Cession et transport au fiduciaire en vertu d'un acte de fiducie », (1931) 34 *R. du N.* 396, à la page 400. Y. SYLVESTRE, « Des principales garanties créées aux actes de fiducie », (1960) 20 *R. du B.* 497, à la page 505.

30. *Supra*, note 5.

31. *Supra*, note 5 aux pages 18 et 19.

32. (1932) 52 B.R. 449.

33. *Id.*, à la p. 454.

34. [1962] R.C.S. 456.

Malgré cette relative unanimité, la question est encore soulevée à l'occasion. Ainsi, le juge Bernier dans *Place Québec Inc. c. Desmarais et Banque Royale du Canada*³⁵ en discutant la nature d'une cession de créances à titre de garantie d'un emprunt a émis une opinion différente.

Aussi ne faut-il pas prendre pour acquis que la cession de créance à titre de sûreté accessoire au remboursement d'un emprunt, comme c'est ici le cas, est un nantissement, un gage, (...) La cession de créance à titre de sûreté accessoire est un transfert conditionnel et résolutoire quant au cessionnaire, son droit de propriété cessant de plein droit, sans la nécessité d'un acte de rétrocession, lorsque la condition est accomplie, soit l'extinction de la créance principale, la dette du cédant au cessionnaire. À cet égard, la cession de créance à titre de sûreté accessoire est semblable à la clause de dation en paiement...³⁶

Une telle interprétation, appliquée à la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* changerait complètement toute la jurisprudence établie sur cette question. Cependant, cette interprétation ne peut être retenue, du moins quant à l'article 30 de la Loi, et ce, pour trois raisons.

Premièrement, le texte même de l'article 30 s'y oppose car les mots « céder et transporter » sont qualifiés par les mots « avec pouvoir (...) de prendre possession des biens cédés et transportés, de les administrer et de les vendre ». Cette précision du texte de la Loi fait dire au juge Rinfret dans l'affaire *Laliberté c. Larue* que ces mots :

(...) seraient parfaitement inutiles si « céder et transporter » devaient être pris dans le sens d'aliéner. Il est clair qu'une aliénation de la propriété emporterait le pouvoir de prendre possession, d'administrer et de vendre. Il serait absolument oiseux de le dire. On ne peut supposer que le législateur a parlé pour ne rien dire.³⁷

Deuxièmement, cette décision va à l'encontre d'une jurisprudence constante de nos tribunaux quant aux cessions de créances à titre de garantie³⁸, et interprète mal certaines décisions auxquelles il est fait référence. Ainsi, le juge Bernier s'appuie sur l'arrêt *Bastien c. J.M. Dessureault Inc.*³⁹ où il aurait été décidé « que la cession d'une créance à titre de garantie ou sûreté accessoire n'était pas un gage, mais un transfert absolu de la créance... »⁴⁰

35. [1975] C.A. 910.

36. *Id.*, à la page 912.

37. *Supra*, note 5 à la page 19.

38. *Normandin c. La Banque de Montréal*, (1927) 42 B.R. 1 à la page 8. *Dupuis c. Savoie et Nadeau*, (1950) 88 C.S. 361. *Banque Canadienne Nationale c. Brouillette*, [1962] C.S. 696. *In re Civano Construction Inc. : Gingras c. Crédit M-G Inc. et Tremblay*, [1962] C.S. 45, décision rendue par le juge Bernier alors qu'il était juge à la Cour supérieure. L. PAYETTE, « Clauses de transport de loyer », (1968) 71 R. du N. 511, à la page 523.

39. [1962] R.C.S. 97.

40. *Supra*, note 35 à la page 912.

Or, dans cette affaire, il s'agissait d'un transport pur et simple d'une créance : bien que cette transaction ait été effectuée pour garantir le remboursement d'une dette, ceci n'était pas stipulé dans la cession. C'est pourquoi le juge Abbot en s'appuyant sur la décision dans *Laliberté c. Larue*⁴¹ énonce que :

The words « cède et transporte » used in the transfer, in the absence of some qualifying term, mean a transfer of the ownership of the debt.⁴²

Le juge Bernier s'appuie également sur l'arrêt *Sirois c. Dame Hovington*⁴³ mais dans cette affaire la Cour d'appel, en se référant à l'arrêt *Laliberté c. Larue*⁴⁴ a décidé qu'une cession de créance hypothécaire à titre de sûreté ne constituait pas une aliénation et que la cédante demeurait propriétaire de la créance. Ces arrêts, auxquels le juge Bernier fait référence, ne confirment donc pas son opinion.

Finalement, si la cession-transport prévue à l'article 30 de la Loi constituait une aliénation immédiate, même conditionnelle, comme le prétend le juge Bernier pour la cession de créance, alors l'hypothèque, le gage et le nantissement permis par la Loi n'auraient plus leur raison d'être puisqu'ils seraient automatiquement éteints par la confusion des qualités de créancier hypothécaire ou privilégié et de propriétaire des biens affectés⁴⁵.

Devant l'autorité de la jurisprudence sur cette question, il ne semble plus possible de contester le sens des mots « céder et transporter en garantie » tels qu'employés dans l'article 30 de la Loi.

2. Les droits du fiduciaire lorsqu'il prend possession

2.1. Les cas de défaut

Les dispositions de la Loi permettent à un fiduciaire d'obtenir des garanties sur les biens d'une corporation émettrice. Cependant, comme la Loi l'énonce à l'article 27, elles sont consenties par une corporation pour garantir le paiement des obligations que la corporation émet. Comme toutes garanties, elles ne sont qu'un accessoire et ne valent qu'en autant que l'obligation principale qu'elles garantissent existe.

Comme pour toute obligation, ces garanties ne peuvent être réalisées par le fiduciaire qu'en cas de défaut, par la corporation, de remplir les

41. *Supra*, note 5.

42. *Supra*, note 39 à la page 99.

43. [1969] B.R. 97.

44. *Supra*, note 5.

45. Article 2081 (3) C.C.

conditions de l'acte de fiducie. Il est donc nécessaire de se référer à l'acte de fiducie pour déterminer en quel cas la corporation sera en défaut.

Les cas de défaut qui se retrouvent le plus fréquemment dans tous les actes de fiducie sont les suivants : le non-paiement des obligations à leur échéance, la faillite, la cession de biens ou la proposition concordataire de la corporation émettrice, la saisie des biens affectés à la garantie du fiduciaire et le défaut par la corporation émettrice de respecter les autres termes et conditions énoncés à l'acte.

Généralement, les cas de défaut sont établis de façon assez précise dans les actes de fiducie pour que leur interprétation ne porte pas à confusion. Cependant, la tendance générale des institutions financières au cours des dix (10) dernières années est à l'effet d'exiger des actes de fiducie prévoyant l'émission d'une ou de plusieurs obligations payables à demande, lesquelles obligations sont, après leur émission, données en gage à un créancier pour garantir le remboursement d'un prêt consenti à la corporation émettrice, lequel prêt est souvent lui-même payable à demande, comme une ouverture de crédit consentie par une banque à charte canadienne.

La création de ces obligations payables à demande a soulevé de nombreux problèmes, et plus particulièrement dans les provinces de common law. Les tribunaux ont dû se pencher entre autres sur la question de déterminer à quel moment le fiduciaire avait le droit de demander le paiement de la totalité des obligations émises par la corporation. Également, ils ont dû se prononcer sur l'étendue du délai dont la corporation pouvait bénéficier afin de payer ces obligations à demande, avant que le fiduciaire n'ait le droit d'exercer ses garanties et de prendre possession des actifs de la corporation.

2.2. Le délai pour demander paiement

L'obligation payable à demande émise en vertu d'un acte de fiducie est cédée et donnée en gage pour garantir le remboursement soit d'un prêt à terme, soit d'un prêt à demande.

Le premier cas ne soulève pas de problème car le fiduciaire ne pourra demander le paiement de l'obligation avant l'arrivée du terme stipulé (art. 1090 c.c.). Dans certains cas, le débiteur peut perdre le bénéfice du terme (art. 1092 c.c.), mais sauf en cas de faillite cette déchéance n'a pas lieu de plein droit et doit être prononcée judiciairement ⁴⁶.

46. L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1959, tome 8-bis, p. 109, 112 et 119.

Le second cas est fort différent, car il vise une situation qui n'est pas expressément prévue au *Code civil*. En effet, l'article 1782 du *Code civil* édicte que l'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées en même quantité et qualité et aux termes convenus. Dans un prêt payable à demande, la demande constitue le terme. La durée de ce terme dépend donc entièrement de la volonté du créancier. Le prêt payable à demande peut donc être assimilé à un prêt contenant un terme tacite retardant l'exécution de l'obligation jusqu'à la demande de paiement.

Cependant, les auteurs⁴⁷ reconnaissent que la demande de paiement ne doit pas être prématurée et le débiteur peut s'adresser au tribunal pour faire fixer le terme s'il croit que la demande est prématurée⁴⁸.

S'il s'est écoulé un délai suffisant entre le moment où le prêt a été consenti et le moment où le paiement en est demandé, cette demande constitue alors le débiteur en demeure (art. 1067 c.c.) et l'obligation devient exigible immédiatement sans autre délai.

Par contre, lorsque l'obligation est devenue exigible, la corporation débitrice jouit-elle d'un autre délai avant que le fiduciaire puisse prendre possession ?

2.3. Le délai pour prendre possession

La *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* à l'article 30 ne prévoit aucun délai et stipule qu'au cas de défaut, le fiduciaire a le pouvoir de prendre possession des biens. De la même façon, nous retrouvons dans tous les actes de fiducie une clause prévoyant qu'en cas de défaut, le fiduciaire aura le pouvoir de prendre possession des biens. Puisque ni la Loi ni les conventions ne stipulent de délai, il faut donc en conclure que ce pouvoir peut être exercé par le fiduciaire dès le défaut de la corporation de payer le montant total qui lui est demandé.

Les tribunaux se sont prononcés à plusieurs reprises sur de telles stipulations, notamment à l'égard des clauses de dation en paiement et des clauses résolutoires. Ainsi, dans l'affaire *Dell Realities Ltd. c. Trushire Investment Corporation*⁴⁹, la Cour d'appel exprime l'opinion suivante :

Suivant la doctrine et la jurisprudence, lorsque les parties stipulent que le non-paiement du prix entraînera la résolution de la vente sans qu'il soit besoin

47. L. PAYETTE, « Prise de Possession : demande de paiement et délai raisonnable », dans *Conférences Commémoratives Meredith 1981*, Don Mills, Richard de Boo, 1982, p. 129.

R. DEMERS, « L'obligation de bonne foi du créancier face à l'entreprise en difficulté en droit québécois et canadien », (1981) 22 *C. de D.* 561.

48. *Lunsden c. Caledonian Realities*, (1922) 60 C.S. 379, à la p. 382.

49. [1967] B.R. 434.

de poursuite, il faut donner effet à leur volonté : une fois accomplies les conditions posées par la loi et la convention, la résolution s'opère d'elle-même, sans intervention judiciaire ;⁵⁰

Bien que ceci s'applique en cas de résolution de vente, on peut faire l'analogie avec une obligation payable à demande ; dès que la demande de paiement a été faite, l'obligation est devenue exigible immédiatement et si le paiement n'est pas fait immédiatement, le fiduciaire a le pouvoir de prendre possession conformément à la Loi et à la convention sans autre délai. D'ailleurs, ceci est aussi confirmé par le texte de l'article 1149 du *Code civil* qui édicte que :

... Le tribunal ne peut non plus, dans aucun cas, ordonner, par son jugement, qu'une dette actuellement exigible soit payée par versements, sans le consentement du créancier.

Bien que cet article porte plutôt sur l'interdiction pour le tribunal de modifier les modalités de paiement, il semble également indiquer que le tribunal ne peut accorder de délai pour le paiement d'une obligation exigible.

Pendant, dans les cas d'émissions d'obligations, compte tenu de l'importance des montants en jeu et de l'effet draconien pour la compagnie débitrice de son défaut de payer, nous croyons que cette exigence de paiement immédiat doit être quelque peu tempérée :

Une demande de paiement est une demande d'exécution. La logique veut qu'elle soit suivie d'un laps de temps pendant lequel cette exécution puisse avoir lieu. Si le créancier ne laisse pas au débiteur le temps de s'exécuter, il pourra difficilement prétendre que celui-ci n'a pas obtempéré à sa demande. Il n'aura pas établi vraiment le défaut de paiement. En prenant possession de biens engagés, ou en commençant à en disposer, sitôt la demande de paiement faite, il empêche probablement son débiteur de payer.

Dans les cas où le créancier doit faire précéder la réalisation de ses garanties d'une demande de paiement, on peut donc penser qu'il doit laisser s'écouler un délai raisonnable avant de procéder. Avant l'expiration de ce délai raisonnable, le défaut de paiement ne serait pas établi.⁵¹

Pendant, si un délai raisonnable doit être accordé au débiteur pour payer, il est difficile de déterminer la durée du délai. Sur cette question, il n'y a pas de jurisprudence québécoise mais les tribunaux des provinces anglaises ont eu l'occasion de se prononcer à de nombreuses reprises sur cette question. La Cour suprême du Canada s'est notamment penchée sur ce point dans l'affaire *Ronald Elwin Lister Limited v. Dunlop Canada Limited*⁵². Dans

50. *Id.* aux pages 438-9.

51. PAYETTE, *supra*, note 47 à la page 156.

52. (1982) 41 C.B.R. n.s. 272.

cette affaire, le débiteur avait poursuivi son créancier en dommages-intérêts parce que celui-ci avait exécuté ses garanties immédiatement après la demande de paiement, sans donner de délai raisonnable. Le problème est situé de la façon suivante par le juge Estey.

That Dunlop was entitled to enforce its debenture by reason of the default of the company under the promissory note and demand obligation secured by the debenture there is not doubt and no argument. The issue raised by the appellants in respect of the enforcement of the debenture is that Dunlop adopted a wrongful procedure in these enforcement proceedings in that no reasonable time was afforded the company to pay up the moneys secured by the debenture.⁵³

En réponse à cette question, le juge Estey établit la règle suivante :

The rule has long been that enunciated in *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13 at 19, 38 L.J. Ex. 34: the debtor must be given « some notice on which he might reasonably expect to be able to act ». The application of this simple proposition will depend upon all the facts and circumstances in each case. Failure to give such reasonable notice places the debtor under economic, but nonetheless real duress, often as real as physical duress to the person, and no doubt explains the eagerness of the courts to construe debt-evidencing or creating documents as including in all cases the requirement of reasonable notice for payment.⁵⁴

Bien que ce jugement unanime de la Cour suprême du Canada règle un litige émanant d'une juridiction de common law, il nous semble que cet arrêt devrait être reçu également en droit civil et il a d'ailleurs déjà été cité et appliqué dans une décision récente du juge René W. Dionne de la Cour supérieure⁵⁵.

Le jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Lister* énonce que le délai raisonnable s'apprécie selon les circonstances entourant chaque affaire. Cependant, elle se garde bien de préciser quels sont les critères qui peuvent guider l'appréciation du délai raisonnable. Dans l'arrêt *Mister Broadloom Corporation (1968) Ltd. v. Bank of Montreal*⁵⁶, la Cour suprême d'Ontario a formulé sept critères pour l'appréciation du caractère raisonnable du délai :

Thus a reasonable time must always be allowed, but, in assessing what length of time is reasonable in a particular fact situation various factors must be analysed: (1) The amount of the loan; (2) The risk to the creditor of losing his money or the security; (3) The length of the relationship between the debtor

53. *Id.* p. 278.

54. *Id.* p. 288.

55. *Manufacture Roland Couture Inc. c. Banque Nationale du Canada*, C.S.Q. n° 200-05-002635-824, le 2 juillet 1982.

56. (1980) 32 C.B.R. n.s. 241.

and the creditor; (4) The character and reputation of the debtor; (5) The potential ability to raise the money required in a short period; (6) The circumstances surrounding the demand for payment; and (7) Any other relevant factors.⁵⁷

Certains des critères mentionnés ont trait uniquement à des questions de faits tels le montant du prêt, la durée de la relation entre le débiteur et le créancier, le caractère et la réputation du débiteur. Certains autres critères peuvent s'apprécier à la lumière des principes du droit civil. Ainsi, dans le cas du risque de perte de la créance ou de la diminution de la valeur des garanties, ceci s'apparente aux dispositions de l'article 1092 du *Code civil* qui énonce que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il est devenu insolvable ou en faillite ou lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait consenties par le contrat à son créancier⁵⁸. Par contre, le critère de la capacité du débiteur de trouver les fonds requis pour paiement va, un peu, à l'encontre des dispositions de l'article 1149 du *Code civil* dont le principe a été notamment bien énoncé dans l'affaire *Cartier Structural Steel Ltd. c. Rose Enterprises Ltd.* :

... the undersigned has no discretion to stay the proceedings or to delay its judgment for a limited time, in order to allow the debtor to improve its financial position. The law of the parties is their Agreement; Defendant has not fulfilled its obligations under said Agreement and there is nothing this Court can do to help him find a solution to his financial problem.⁵⁹

Cependant, il peut y avoir des cas particuliers où la créance n'est pas en péril et où le créancier a une certaine assurance que le débiteur obtiendra un financement adéquat pour le payer en entier, auquel cas il devrait lui accorder un délai raisonnable car le défaut de ce faire pourrait constituer un abus de droit donnant ouverture au débiteur pour réclamer une indemnisation des dommages subis⁶⁰.

2.4. Formalités requises

Lorsque la corporation émettrice est en défaut aux termes de l'acte de fiducie et que le fiduciaire, à la demande des obligataires, met à exécution son pouvoir de prendre possession, celui-ci est-il assujéti à l'accomplissement de certaines formalités?

La *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* n'édicte aucune formalité ou exigence spécifique pour cette prise de possession à l'exception

57. *Id.* p. 253.

58. PAYETTE, *supra*, note 47 à la page 159.

59. [1976] C.S. 335 à la page 336.

60. PAYETTE, *supra*, note 47 à la page 165.

des dispositions contenues à l'article 31 de la Loi qui ne concernent que les créances.

Ces dispositions prévoient qu'à l'égard des créances, droits ou réclamations appartenant à la corporation, qui ont été hypothéqués, nantis, mis en gage, cédés ou transportés au fiduciaire par l'acte de fiducie, la signification ou l'acceptation de ce transport de créances selon les exigences de l'article 1571 du *Code civil* n'est pas nécessaire, pourvu que l'acte de fiducie soit enregistré, et que deux avis indiquant que la garantie créée par l'acte de fiducie est devenue exécutoire, soient publiés de la manière prescrite à cet article.

Donc, afin que les droits du fiduciaire puissent être exécutés en ce qui concerne les créances, droits ou réclamations de la corporation, celui-ci doit, lors de sa prise de possession, faire publier les avis requis de la manière prescrite par la Loi.

Le *Code civil*, à ses titres seizième et dix-septième qui ont trait au contrat de nantissement, aux privilèges et hypothèques, ne contient aucune disposition prescrivant certaines formalités pour la prise de possession. Cette situation est compréhensible dans le cas du *Code civil* puisque celui-ci ne prévoyait pas de gage sans dépossession et ne prévoit également pas de possibilité pour un créancier hypothécaire de prendre possession.

Cependant, le *Code civil* contient maintenant des dispositions exceptionnelles permettant le gage sans dépossession dans le cas des nantissements agricole, forestier et commercial. Malgré cela, ces dispositions ne viennent pas en aide au fiduciaire puisque, dans le cas du nantissement agricole et forestier, le Code prévoit simplement qu'au cas de défaut, le créancier peut obtenir, sur demande, la remise des biens nantis⁶¹ et dans le cas du nantissement commercial, le *Code civil* prévoit qu'au défaut de l'emprunteur, le créancier peut le contraindre à lui livrer, sur demande, les biens nantis⁶².

En l'absence de dispositions statutaires, il faut se référer à l'acte de fiducie puisque la convention est la loi des parties. Cependant, les dispositions contenues à l'acte de fiducie ayant trait à la prise de possession n'énoncent généralement aucune formalité relative à la prise de possession, ces clauses étant généralement rédigées comme suit :

au cas où les garanties créées par les présentes deviendraient exécutoires tel que prévu ci-haut, le fiduciaire pourra, s'il le juge à propos, mais devra, s'il en est requis par écrit par les détenteurs d'obligations, entrer et prendre possession,

61. Article 1979 c (1) C.C.

62. Article 1979 i (1) C.C.

par l'intermédiaire de ses officiers, représentants ou procureurs, de la totalité ou de toute partie des biens hypothéqués...⁶³

Bien qu'aucune formalité ne soit requise par la Loi ou par l'acte de fiducie, il est important de faire constater cette prise de possession par le fiduciaire afin de protéger ses droits et de les rendre opposables aux tiers. En effet, l'article 2192 du *Code civil* définit la possession comme étant la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit qu'une personne détient ou exerce. Rodys définit la possession comme suit :

Tout d'abord, la possession n'est pas un droit. Elle ne fait que correspondre à l'exercice d'un droit, dans sa manifestation extérieure et, en même temps, dans l'intention du possesseur. Elle est un simple fait, ou plutôt un état de fait ou l'exercice d'un pouvoir de fait.⁶⁴

Puisque la possession est la détention matérielle des biens donnés en garantie au fiduciaire, celui-ci prendra normalement les démarches requises pour s'assurer la garde et le contrôle des actifs de la corporation émettrice.

Ces démarches physiques sont-elles suffisantes ? Sur cette question, il est important de rappeler, comme nous l'avons mentionné au chapitre précédent, qu'au point de vue juridique, le droit du fiduciaire en cas de défaut, à la possession des actifs affectés à sa garantie découle du nantissement sur les immeubles et du gage sur les meubles stipulés en sa faveur dans l'acte de fiducie. Avant le défaut, le fiduciaire permet à la compagnie de conserver la possession de ses actifs bien qu'ils soient grevés de ce nantissement et gage, conformément aux dispositions de l'article 28 et de l'article 30 de la Loi. Au cas de défaut, le fiduciaire retire cette permission qu'il avait accordée ; son nantissement et gage prend alors tout son effet et il retrouve son droit à la possession⁶⁵. Il est donc extrêmement important de pouvoir déterminer la date de la prise de possession par le fiduciaire afin que cette prise de possession soit opposable aux tiers tant pour les immeubles que pour les meubles affectés à sa garantie. En effet, quant aux immeubles, la possession du fiduciaire lui donne le droit aux fruits qu'il pourra imputer sur sa créance⁶⁶. Également, cette prise de possession peut, dans certains cas, permettre au fiduciaire de continuer d'administrer des immeubles de la corporation émettrice sans nécessairement qu'il soit tenu d'acquitter les

63. P. MARTEL, P.P. CÔTÉ et Y. MARTINEAU, *Droit des compagnies — la petite entreprise — financement — acquisition*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1982, p. 142 acte de fiducie type.

64. W. RODYS, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958, tome 15, p. 68.

65. *Supra*, note 14 à la page 76.

66. Article 1967 C.C.

dépenses d'opération ou certaines charges encourues par la corporation avant la prise de possession, bien que cette apparente immunité soit contestée comme nous le verrons par ailleurs ⁶⁷.

Quant aux biens meubles, l'établissement de la prise de possession est très importante car ce n'est qu'à compter de la prise de possession que le fiduciaire peut exercer son droit de rétention sur les meubles à l'encontre des tiers ⁶⁸.

Il est donc impératif d'établir à l'égard des tiers la date effective à laquelle le fiduciaire a pris possession et c'est pourquoi, en règle générale, un avis de prise de possession est rédigé et enregistré dans toutes les divisions d'enregistrement où l'acte de fiducie a été lui-même enregistré. L'enregistrement de cet avis constituera une attestation du moment où le fiduciaire s'est substitué à la corporation quant à la possession des actifs ⁶⁹. L'enregistrement constituera également une publicité de cette prise de possession, notamment dans le cas des immeubles. En constatant la prise de possession par écrit, il ne peut y avoir de doutes sur la prise de possession effective par le fiduciaire et ceci permet au fiduciaire de s'opposer plus facilement aux tiers.

2.5. La prise de possession forcée

2.5.1. La nécessité d'autorisation judiciaire

La plupart des actes de fiducie contiennent des dispositions prévoyant que la corporation s'engage à céder au fiduciaire, sur demande, la possession, le contrôle et l'administration des biens hypothéqués dans tous les cas où le fiduciaire aura le droit d'en prendre possession ⁷⁰. Ainsi, lorsque la corporation ne s'oppose pas à ce que le fiduciaire exerce son pouvoir de prendre possession, le changement dans la possession des biens hypothéqués s'effectue sans difficulté. Cependant, il peut survenir des cas où la corporation refuse de remettre la possession de ses actifs au fiduciaire, soit parce qu'elle prétend qu'il n'y a pas de défaut ou qu'elle n'a pas reçu de délai raisonnable ou pour toute autre raison. Dans un tel cas, il est d'usage, pour le fiduciaire, de prendre possession des actifs de la corporation, par la force s'il y a lieu,

67. *La Société d'administration et de Fiducie c. La Ville de Longueuil*, [1969] R.P. 370.
Mercury, Béliveau et Associés et La Compagnie Montréal Trust c. Gaz Métropolitain Inc., [1980] C.S. 471.

68. *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Fountainhead Fun Center Ltd.*, (1982) 40 C.B.R. n.s. 196.

69. P. LAPOINTE, « Prise de possession et avis de 60 jours par un fiduciaire pour des détenteurs d'obligations », [1979] C.P. du N. n° 2, p. 219.

70. *Supra*, note 63 à la page 144.

d'expulser les dirigeants des établissements de la corporation, de changer les serrures et d'y laisser des gardiens pour veiller sur les biens hypothéqués. Toutes ces démarches se font sans autorisation judiciaire et sont justifiées par le pouvoir de prendre possession que la Loi accorde au fiduciaire.

Bien que la Loi accorde expressément un tel pouvoir au fiduciaire, n'y a-t-il pas lieu de faire une distinction entre le droit accordé au fiduciaire de prendre possession et l'exercice de ce droit? Le fiduciaire à qui la Loi accorde le pouvoir de prendre possession peut-il se faire justice à lui-même lorsque la corporation refuse de lui remettre cette possession?

Cette question a fait l'objet de deux décisions contradictoires de deux juges de la Cour d'appel. Ainsi, dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. St-Louis Automobile Ltée*⁷¹, qui avait trait à une prise de possession en vertu de l'article 178 de la *Loi sur les Banques*⁷², le juge L'Heureux-Dubé énonce que :

Le principe que nul ne saurait se faire justice à lui-même est fondamental dans notre droit...⁷³

Par contre, dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Manufacture Roland Couture Inc.*⁷⁴, qui avait trait à une prise de possession en vertu de l'article 30 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, le juge Turgeon énonce que :

Le premier juge a émis l'opinion discutable et discutée qu'un fiduciaire qui, en exécution d'un acte de fiducie, prend possession des biens hypothéqués et nantis, se fait justice à lui-même, opinion soutenue depuis quelques mois par certains juges de la Cour supérieure ;

Cette opinion nouvelle me semble contraire aux termes clairs et précis de l'acte de fiducie qui est la loi des parties.⁷⁵

Il s'agit, dans les deux cas, de jugements rendus sur une demande de suspension provisoire d'une injonction et il faudra attendre la décision de la Cour d'appel sur le fond de ces deux affaires afin de pouvoir fixer la jurisprudence sur cette question.

S'il existe dans notre droit un principe à l'effet que nul ne peut se faire justice à lui-même, il faut noter cependant que nos lois ne l'énoncent pas expressément.

71. C.A.Q. n° 200-09-000761-814, le 17 novembre 1981.

72. S.C., 1980, c. 40.

73. *Supra*, note 71 à la page 4.

74. C.A.Q. n° 200-09-000505-823, le 26 août 1982.

75. *Id.* page 2.

L'article 1065 du *Code civil* énonce bien que, dans les cas qui le permettent et en cas de contravention de la part du débiteur, le créancier peut demander l'exécution de l'obligation même, mais n'indique pas comment cette demande doit être faite. Dans le cas d'une prise de possession par un fiduciaire, cette question est encore plus délicate, puisque la corporation débitrice se fait déposséder des biens dont elle est propriétaire.

Mazeaud, dans ses *Leçons de droit civil*⁷⁶ trace succinctement l'historique du principe :

L'obligation comporte une contrainte ; sans elle le créancier n'aurait que peu de chance d'obtenir l'exécution. Sans doute, le plus souvent, l'exécution est-elle volontaire, de telle sorte que le créancier est rarement obligé de recourir à l'exécution forcée ; ...

Dans les droits archaïques, l'exécution est abandonnée à l'initiative du créancier, qui n'a pas à compter sur le concours de l'autorité publique : la contrainte est privée. Ce système conduit inéluctablement à la violence. Aussi l'État, dès qu'il en a eu la puissance, est-il intervenu à tous les stades de l'exécution pour interdire au créancier de se faire justice à lui-même, en même temps qu'il lui prêtait son concours.⁷⁷

Baudry-Lacantinerie tient les mêmes propos et précise, au sujet de l'autorisation judiciaire pour faire exécuter une obligation, que « cette autorisation est également indispensable en ce qui concerne l'exécution par le créancier d'une obligation de faire, quand le fait promis doit être accompli sur le fonds du contrevenant ⁷⁸. »

Les auteurs québécois ne traitent pas beaucoup de ce principe et ceci est peut-être dû au fait qu'il était jadis clairement exprimé au *Code de procédure civile* à l'article 76 qui énonçait :

Celui qui prétend à une chose ou à un droit qu'on lui refuse, doit, pour l'obtenir, former sa demande devant le tribunal compétent.⁷⁹

Cet article est devenu l'article 55 du *Code de procédure civile*⁸⁰ sanctionné en 1965 et il est regrettable que l'article 55 n'énonce pas la même règle en des termes aussi clairs.

Le texte de l'article 76 de l'ancien *Code de procédure civile* empêchait-il un fiduciaire d'exercer le pouvoir de prendre possession que la Loi lui

76. H. MAZEAUD et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, Paris, Éditions Montchrestien, 1969, tome 2.

77. *Id.* à la page 862.

78. G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité Théorique et Pratique de Droit civil – Des Obligations*, Paris, Librairie de la société du recueil J.-B. Sirey et du Journal du palais, 1906, T. I. à la page 477.

79. S.Q. 1897, c. 48.

80. L.R.Q., c. C-25.

accorde expressément, sans former une demande en justice ? Il est malheureux que cette question n'ait pas fait l'objet d'une décision de nos tribunaux. Cependant, elle a été soulevée à de nombreuses reprises devant nos cours dans des cas de reprise de possession forcée en vertu de contrats de vente conditionnelle.

Le contrat de vente conditionnelle est celui dans lequel le vendeur se réserve la propriété du bien vendu jusqu'à parfait paiement du prix par l'acheteur. Ce contrat contient généralement une disposition permettant au vendeur, au cas de défaut par l'acheteur d'exécuter ses obligations, de prendre possession des biens vendus sans être obligé de prendre une procédure. Puisque le contrat est la loi des parties, une telle clause a été déclarée valide par les tribunaux ⁸¹.

Cependant, même si le vendeur a droit de prendre possession des biens qui sont demeurés sa propriété, ce droit ne lui permet pas de pénétrer chez son débiteur et les enlever sans son consentement. Ainsi, il a déjà été décidé que même si un contrat permet au créancier de reprendre possession des biens sans procédures judiciaires, ce dernier n'a pas le droit de forcer l'entrée de la propriété du débiteur en son absence et de s'emparer des biens faisant l'objet du contrat ; il doit exercer son recours par voie de saisie revendication ⁸².

Il est important de noter que dans ces cas, les tribunaux ont décidé que même le propriétaire des biens ne pouvait en prendre possession de force et il nous semble qu'il devrait en être de même lorsque ce n'est non pas le propriétaire mais un créancier qui doit prendre possession pour donner effet à sa garantie. Ainsi, il a déjà été décidé dans l'affaire *Sylvestre c. Latreille* ⁸³, que le créancier qui a un droit de rétention sur un bien ne peut en prendre possession par force.

Il semble donc que la jurisprudence québécoise a toujours soutenu de façon constante le principe que nul ne peut se faire justice à lui-même et que ce principe s'applique également au créancier qui a le droit de prendre possession des biens affectés à sa garantie.

81. *Omer Barré Ltd. c. Gravel*, (1940) 78 C.S. 262.

82. *Desbiens c. Simard*, (1930) 36 R.L. 189. *Hannafey c. Lamarre*, (1933) 71 C.S. 266. *Dame Cyphiot c. J.-H. Connor and Son Limited*, (1931) 69 C.S. 31. *Borkowski c. Traders Finance Corporation Ltd.*, [1958] C.S. 457.

83. [1956] R.L. 550.

Ce principe a d'ailleurs été également reconnu par l'Office de révision du code civil qui prévoit, dans son *Projet de Code civil*, à l'article 427 du livre quatrième :

À défaut d'un commun accord, la prise de possession est ordonnée sur requête.⁸⁴

Cet article se retrouve au chapitre intitulé « Des recours hypothécaires » qui prévoit, à l'article 412, qu'au cas de défaut du débiteur, le créancier hypothécaire peut prendre possession du bien hypothéqué pour l'administrer et en percevoir les fruits et produits.

Il appert donc que, même si le fiduciaire a le pouvoir de prendre possession des biens affectés à sa garantie, il ne peut exercer ce pouvoir impunément. À défaut du consentement de la corporation débitrice, celui-ci doit procéder par la voie des tribunaux pour forcer l'exécution des droits qui lui ont été consentis.

Quels sont les recours judiciaires que le fiduciaire peut utiliser pour exécuter les droits que la Loi lui confère? Puisqu'il s'agit de recours qui doivent être exécutés rapidement et sans délai, il faut se référer au titre premier du livre cinquième du *Code de procédure civile* intitulé « Des mesures provisionnelles ». Ce titre prévoit trois mesures différentes, soit : la saisie avant jugement, le séquestre judiciaire et l'injonction. Il ne s'agit pas ici de faire une étude exhaustive de ces trois recours judiciaires, mais plutôt d'examiner de quelle façon ces recours peuvent être adaptés au contexte d'une prise de possession par un fiduciaire.

2.5.2. La saisie avant jugement

Le *Code de procédure civile* prévoit deux sortes de saisies avant jugement, celles qui ne nécessitent pas d'autorisation d'un juge⁸⁵ et celles qui nécessitent l'autorisation d'un juge⁸⁶. Nous avons vu précédemment que la Loi permet le gage des biens mobiliers et immobiliers d'une corporation en faveur du fiduciaire. Puisque le fiduciaire est un créancier gagiste, celui-ci peut saisir avant jugement sans autorisation d'un juge les biens sur lesquels il détient son droit de gage en vertu de l'article 734(1) C.P.C. Cependant, il faut noter que l'article 734 C.P.C. ne s'applique qu'aux biens meubles, de telle sorte que si des immeubles ont été nantis en faveur du fiduciaire, celui-ci

84. Office de révision du Code civil — *Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978, vol. 1, p. 291.

85. Article 734 C.P.C.

86. Article 733 C.P.C.

devra nécessairement procéder par saisie avant jugement selon l'article 733 C.P.C. pour exercer ses droits et il sera tenu d'obtenir l'autorisation du juge. Il en sera de même pour les biens meubles qui sont devenus immeubles par destination ou par nature⁸⁷.

La distinction est très importante, car selon l'article 734(1) C.P.C., le fiduciaire n'est requis que de démontrer son titre de créancier gagiste pour avoir droit à la saisie alors qu'en vertu de l'article 733 C.P.C., le fiduciaire doit démontrer « qu'il est à craindre que sans cette mesure le recouvrement de sa créance ne soit mis en péril ». Les tribunaux ont fréquemment confirmé que la saisie avant jugement était une procédure exceptionnelle et ne devait pas être autorisée à la légère⁸⁸. Le juge Lajoie de la Cour d'appel énonce, dans l'affaire *Michalczyk c. Choynowski*⁸⁹, le critère que doit suivre le juge pour autoriser une saisie avant jugement :

Il fallait en outre à la demanderesse, pour la justifier d'avoir recours à un remède extraordinaire, démontrer plus qu'une crainte subjective, plus qu'une simple appréhension que la défenderesse ne satisferait pas au jugement qui pourrait être rendu contre elle ; il lui fallait encore établir des faits tels qu'un homme raisonnable puisse sérieusement croire que par des agissements reprochables la partie adverse cherche à se soustraire à une exécution éventuelle.⁹⁰

Il semble évident à la lecture de l'article 733 C.P.C. que ce recours n'était pas destiné à être exercé par un créancier ayant une garantie sur les immeubles du débiteur, le créancier étant protégé par l'enregistrement du titre constituant sa garantie. Cependant, il n'en demeure pas moins que la saisie avant jugement des immeubles doit être faite sous cet article. Le fiduciaire qui détient une garantie sur tous les biens d'une corporation aura donc normalement énormément de difficultés à démontrer que sa créance sera mise en péril s'il ne peut saisir les immeubles avant jugement, surtout lorsqu'il a toujours la possibilité de saisir avant jugement tous les biens mobiliers de la corporation débitrice. Pour la prise de possession des immeubles, le recours par voie de saisie avant jugement est donc presque impraticable.

La procédure de saisie avant jugement soulève également d'autres problèmes pour le fiduciaire.

87. *Canadian Elevator Co. c. Della Foresta et autre*, [1975] C.S. 574.

88. *Complex Developments Ltd. c. Appartements Port de Mer (St-Malo) Inc. et autres*, [1975] C.A. 443. *Kemp c. Maurice Turcot Construction Ltée et autres*, [1975] C.A. 447. Y. LAUZON, « Les saisies avant jugement », (1973) 76 R. du N. 537 et 583, pp. 559 et 560.

89. [1977] C.A. 203.

90. *Id.* p. 206.

Tout d'abord, la saisie avant jugement, comme les autres mesures provisionnelles d'ailleurs, ne constitue qu'un accessoire à une action principale. Le fiduciaire doit donc intenter une action contre la corporation en défaut afin de faire reconnaître par jugement au fond son droit à la possession des biens. Ceci est tellement vrai que la saisie avant jugement peut être annulée lors du jugement sur le fond, même si l'action principale est accueillie⁹¹. La corporation débitrice peut donc, dans un tel cas, produire une contestation à l'action du fiduciaire et ainsi retarder la réalisation par le fiduciaire de ses garanties.

Au surplus, l'article 737 C.P.C. édicte que « la saisie avant jugement a pour seul but de mettre les biens sous la main de la justice pendant l'instance »; elle n'est pas une procédure d'exécution mais une mesure conservatoire⁹². Ceci a pour effet d'empêcher le fiduciaire de vendre les biens hypothéqués, nantis et gagés en sa faveur pendant toute la durée de l'instance. Il serait possible au fiduciaire, qui a saisi avant jugement les biens d'une corporation débitrice, de s'adresser au tribunal pour obtenir la permission de les faire vendre. Cette possibilité est énoncée à l'article 575 C.P.C. qui se retrouve dans le chapitre sur la saisie-exécution après jugement mais auquel il est possible de se référer en vertu de l'article 737 C.P.C.

L'article 575 C.P.C. prévoit deux cas où la vente des biens saisis peut être autorisée; elle est possible si les biens sont périssables ou susceptibles de se déprécier rapidement, ou si la garde des biens entraînerait des frais disproportionnés à leur valeur. Cependant, les possibilités d'autorisation de vente sont limitées dans le cas du fiduciaire. En effet, généralement, la garantie consentie par acte de fiducie sur des biens mobiliers porte sur de la machinerie, de l'équipement et de l'outillage; ces biens ne sont pas périssables mais sont susceptibles de se déprécier. Il semblerait donc, à prime abord, que le fiduciaire pourrait demander une autorisation de vendre les biens meubles pour ce dernier motif. Cependant, la Cour d'appel s'est penchée sur cette question à l'occasion d'un débat ayant trait à une automobile dans l'affaire *Locas c. Dame Brisebois*⁹³, et a conclu au rejet de la demande d'autorisation de vendre. Le juge en chef Tremblay énonce ce qui suit :

Avec respect pour le premier juge, je ne crois pas cependant que l'automobile saisie en cette cause soit un bien périssable ou susceptible de se déprécier rapidement au sens de l'article 575 C.P. ... Peu de meubles échappent à une dépréciation relativement rapide et, si nous appliquions l'article 575 au cas

91. *Marchand c. Myray Construction Limitée*, [1967] R.P. 424.

92. Y. LAUZON, *supra*, note 88 à la page 542. *Banque Canadienne Nationale c. Audet*, [1977] C.S. 1123.

93. [1969] B.R. 946.

présent, il serait à craindre que cet article ne devienne la règle générale au lieu de rester ce qu'il doit être, une disposition exceptionnelle.⁹⁴

Ce jugement de la Cour d'appel laisse bien peu de possibilités au fiduciaire de vendre les biens avant d'avoir obtenu jugement final sur son action principale.

La procédure de saisie avant jugement soulève également un autre problème au niveau de la garde des biens saisis.

En effet, si la saisie avant jugement est faite par le fiduciaire en vertu de l'article 734(1) C.P.C., l'officier saisissant doit confier la garde des effets saisis à un gardien que le débiteur désigne ou, à défaut, qu'il choisit lui-même. Le créancier peut aussi laisser la garde des biens au débiteur⁹⁵ ou les faire enlever avec la permission d'un juge⁹⁶. Cependant, le gardien ne peut être le créancier saisissant, ni son procureur, ni l'officier saisissant⁹⁷. Le fiduciaire ne peut donc être gardien et par inférence, son mandataire ou agent ne peut l'être non plus.

Par conséquent, la saisie avant jugement n'a jamais pour effet de remettre au fiduciaire la possession des biens ; il n'obtiendra cette possession qu'après le jugement final. Entre-temps, les biens seront sous le contrôle du gardien nommé, ils ne seront ni à la disposition du fiduciaire, ni à la disposition de la corporation débitrice.

La seule exigence que le *Code de procédure civile* requiert du gardien est qu'il représente tous les effets saisis dont il a la garde⁹⁸. Nos tribunaux ont cependant énoncé certains principes concernant les devoirs du gardien alors qu'il conserve les effets saisis pendant l'instance : (a) le gardien doit apporter à la conservation des choses saisies les soins d'un bon père de famille ; (b) lorsque le gardien a le droit d'enlever les biens saisis, ce ne doit être que pour les tenir sous sa garde ; (c) le gardien doit scrupuleusement veiller à la conservation des biens commis à sa garde ; (d) le gardien doit représenter les biens saisis sauf s'il en est empêché par suite de cas fortuit, ou de force majeure et sans qu'il y ait eu faute ou négligence de sa part ; (e) le gardien ne peut, sans la permission du tribunal, enlever les effets saisis de l'endroit où ils ont été placés, ni les vendre ; (f) le gardien ne doit ni louer les choses saisies ni s'en servir⁹⁹.

94. *Id.* à la page 949.

95. Article 737 alinéa 3 C.P.C.

96. Article 584 C.P.C.

97. Article 583.2 C.P.C.

98. Article 608 C.P.C.

99. *Zimman c. Manie*, (1940) 78 C.S. 414. *Vadeboncoeur c. Goyette*, (1925) 27 R.P. 129.

Les tribunaux ont, à maintes reprises, assimilé les devoirs du gardien à ceux du dépositaire au sens du *Code civil*¹⁰⁰. Lorsque le gardien était nommé par le débiteur, il s'agissait d'un dépôt simple volontaire parce qu'il était gratuit et lorsque le gardien était nommé par le saisissant, il s'agissait d'un dépôt ou séquestre judiciaire¹⁰¹. Malheureusement, les règles du *Code civil* relatives au séquestre judiciaire ont été abrogées en 1965 avec l'entrée en vigueur du nouveau *Code de procédure civile*. Quoi qu'il en soit, les devoirs du gardien ont été suffisamment énoncés dans le *Code de procédure civile* et par nos tribunaux pour couvrir tous les points ayant trait à l'exécution de sa charge et il semble assez clair, en examinant ses devoirs, que le rôle du gardien est difficilement applicable dans le cadre d'une prise de possession de tous les biens d'une corporation. En effet, les devoirs du gardien l'obligeront à cesser immédiatement l'opération de l'entreprise et ne pratiquer que des mesures conservatoires très restreintes afin de pouvoir représenter les biens dans le même état. Cela aura pour effet, dans certains cas, de diminuer de beaucoup la valeur des actifs saisis puisque l'entreprise sera fermée pendant la période de temps entre la saisie et le jugement et ne pourra pas être vendue « as a going concern ». Le fait de ne pas opérer peut aussi enlever la possibilité de compléter certains contrats qui auraient été avantageux pour la corporation.

Il faut remarquer que ces devoirs du gardien cadrent bien avec le but de la saisie avant jugement, qui n'est que de protéger le saisissant contre les actes malhonnêtes du saisi, alors que les droits du saisissant ne sont pas encore judiciairement reconnus, et c'est pour cette dernière raison qu'il est impératif de conserver les biens tels que saisis afin de pouvoir remettre le saisi dans la même situation où il était avant la saisie, dans l'éventualité où les droits du saisissant ne seraient pas établis¹⁰².

Bien que ce raisonnement soit valable, il faut constater qu'il n'a pas application dans une entreprise exploitée activement, laquelle ne peut supporter un arrêt de ses opérations commerciales, car l'arrêt des opérations pendant la saisie empêche la débitrice d'être remise dans le même état où elle se trouvait avant la saisie.

Le mécanisme de la saisie avant jugement assurera donc une protection adéquate au fiduciaire dans le seul cas où son intention est de liquider immédiatement les biens de la corporation débitrice. Ce moyen entraîne de

100. Article 1064 C.C. et *Decary Square Inc. c. Burban*, [1980] C.P. 392.

101. *Gareau Motors Limited c. Maguire et Parent*, (1925) 31 R.L. 109. *Morin c. Champagne*, (1919) 21 R.P. 153.

102. *Supra*, note 93 à la page 948.

nombreuses difficultés tant pour le fiduciaire, qui ne peut entrer en possession avant jugement, que pour la débitrice saisie qui ne peut empêcher l'arrêt des opérations.

Il existe cependant une possibilité pour la corporation débitrice de se faire remettre en possession des biens en s'adressant au juge et en fournissant une garantie suffisante selon l'article 739 C.P.C. Il a déjà été décidé que par l'effet de la remise en possession sous cet article, le débiteur n'est pas constitué gardien ou dépositaire et il peut les utiliser¹⁰³.

Il est important de noter que l'ancien texte de l'article 739 C.P.C.¹⁰⁴ permettait également au créancier gagiste de se faire remettre la possession des biens moyennant l'accomplissement des mêmes conditions et il est regrettable que cette partie de l'article 739 C.P.C. ait été abrogée¹⁰⁵, car elle aurait permis au fiduciaire, avec l'autorisation d'un juge et moyennant caution, de prendre effectivement possession des biens et, alors, de les administrer à tout le moins.

2.5.3. Le séquestre judiciaire

Le *Code de procédure civile* édicte à l'article 742 que le tribunal peut ordonner le séquestre d'une chose mobilière ou immobilière, lorsqu'il estime que la conservation des droits des parties l'exige. Puisque la mise sous séquestre entraîne la dépossession des biens en faveur du séquestre¹⁰⁶, il s'agit d'une mesure exceptionnelle qui n'est accordée que lorsque l'administration des biens par le débiteur est telle que l'intervention judiciaire est nécessaire pour sauvegarder les droits du fiduciaire sur ces biens¹⁰⁷. La Cour d'appel, dans l'affaire *Cavanaugh c. Machabee*¹⁰⁸ interprète l'exigence de l'article 742 C.P.C. comme suit :

If a plaintiff in an action which involves the right of ownership of an immoveable shows, prima facie at least, that he has good reason to fear that his recourse will become illusory unless the immoveable be sequestered, he is entitled to an order under article 742 c.p. ;¹⁰⁹

Ainsi, une ordonnance de séquestre a été accordée à de nombreuses reprises dans des cas où un créancier ayant un droit réel sur un immeuble,

103. *Quenneville c. Dame Samson*, [1969] C.S. 62.

104. L.Q. 1965 (1^{re} session) c. 80.

105. *Loi modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1975, c. 83, a. 53.

106. Article 744 C.P.C.

107. L. SARNA, « Aspects of the law of Judicial Sequestration in Quebec », (1977) 23 *McGill L.J.* 508.

108. [1969] B.R. 871.

109. *Id.* à la page 872.

voit cet immeuble se détériorer par suite de la mauvaise ou de la non-administration de l'immeuble par le débiteur. Dans ces cas, le tribunal en est venu à la conclusion que la nomination d'un séquestre était requise afin d'éviter que l'immeuble ne se détériore d'une façon importante¹¹⁰. Cependant, le principe général demeure que le séquestre, étant une mesure extrême, ne doit être ordonné que pour des causes graves¹¹¹.

Dans le cas d'un fiduciaire qui veut prendre possession des actifs d'une compagnie débitrice qui est en défaut de respecter ses obligations aux termes d'un acte de fiducie, et qui, en plus, résiste à une prise de possession volontaire de ses actifs, il peut y avoir ouverture au séquestre selon les circonstances. La mise sous séquestre des biens dépendra notamment du défaut reproché à la compagnie, de sa situation financière et de ses agissements dans l'administration de ses biens.

Ainsi, si le fiduciaire tente de prendre possession en alléguant un défaut technique qui ne lui cause pas préjudice et que cette prise de possession rendrait impossible l'accomplissement par la compagnie de ses autres obligations, une ordonnance de séquestre ne sera pas rendue en faveur du fiduciaire¹¹².

Par contre, si la compagnie est insolvable et tente de disposer de ses biens à bas prix, il en serait certainement autrement. Ainsi, dans les cas où le fiduciaire établit *prima facie* le défaut de la compagnie et son droit à la possession des biens ainsi que la nécessité de protéger son droit, il aura droit à la mise sous séquestre des biens.

Cependant le séquestre, comme la saisie avant jugement, est une mesure accessoire à une action principale de sorte que le fiduciaire devra faire reconnaître judiciairement son droit à la possession et cette action principale pourra être contestée. C'est ce qui ressort du texte de l'article 748 C.P.C. lequel prévoit la remise des biens séquestrés « à la partie qui y a droit en vertu du jugement ».

La Cour supérieure a accordé, dans l'affaire *Laframboise c. Migliara*¹¹³, une requête pour séquestre alors qu'aucune action principale n'avait été intentée. Devant ce fait, le juge a accueilli la requête pour valoir pendant un délai de soixante (60) jours, sauf si une action au mérite était intentée

110. *Vaillancourt c. Faust*, (1927) 30 R.P. 136. *Drovers National Bank of Chicago c. Capital Funds (IAC) Ltd.*, [1976] C.A. 104. *Nadeau c. Bond*, [1979] R.P. 299.

111. H. ROCH et R. PARÉ, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1952, tome 13, p. 320.

112. *Laframboise c. Migliara*, [1977] C.S. 873, a contrario.

113. *Ibid.*

pendant ce délai, auquel cas le séquestre restait en vigueur jusqu'au jugement final. Le tribunal justifie cette ordonnance du fait que le séquestre est une mesure provisionnelle; cependant, ce jugement semble ainsi permettre l'obtention d'un séquestre sans qu'aucune action principale ne soit jamais intentée et ceci nous semble contraire au but visé par le *Code de procédure civile*. Il est malheureux que le Code n'ait pas prévu de dispositions, comme c'est le cas pour la saisie avant jugement et l'injonction, énonçant les exigences quant à l'institution de l'action principale¹¹⁴. À défaut de telles règles, il nous semble que l'action doit être intentée simultanément à la requête.

Si le fiduciaire obtient la mise sous séquestre des actifs de la compagnie qui font l'objet de sa garantie, que se produit-il pendant l'instance?

Il faut tout d'abord souligner que les tribunaux ont reconnu la possibilité de mettre sous séquestre tous les actifs d'une compagnie¹¹⁵ de sorte que le fiduciaire détenant une charge flottante sur toute l'entreprise de la compagnie pourra obtenir la mise sous séquestre de tous les biens affectés à sa garantie.

Le séquestre est constitué dépositaire des biens et il est mis en possession de ces biens, de sorte que pendant la durée du séquestre, ni la compagnie, ni le fiduciaire n'auront la possession des biens. Un procès-verbal contenant la description des biens doit être dressé et signé¹¹⁶. Une attention particulière doit être portée à la description des biens, car les pouvoirs du séquestre ne s'appliquent qu'aux biens séquestrés et non à ceux qui ne le sont pas¹¹⁷.

Le devoir du séquestre est de conserver les biens et les remettre à la partie qui y a droit en vertu du jugement, moment auquel il doit rendre compte de sa gestion¹¹⁸.

Mignault définit ainsi le séquestre :

À proprement parler, le séquestre judiciaire n'est pas un administrateur; il est essentiellement un dépositaire, avec des pouvoirs toutefois plus amples que ceux du dépositaire ordinaire. Le but du séquestre ordonné par justice c'est bien la conservation de la chose, car le séquestre compte parmi les mesures conservatoires, mais c'est plus que cela, car il a pour effet de priver le

114. Articles 740 et 753 C.P.C.

115. *Timrod Mining Co. Ltd. c. La Société Minière Louvem Inc.*, [1972] C.S. 361. *Cavanaugh c. Machabee*, *supra*, note 108. *Stephen c. The Montreal, Portland & Boston Railway Company*, (1884) 7 L.N. 85.

116. Article 744 C.P.C.

117. *W & H Management International c. Sterling Bank and Trust Co. Ltd.*, [1976] R.P. 48.

118. Articles 748 et 749 C.P.C.

propriétaire ou le possesseur de la jouissance d'une chose tant que la justice ne se sera prononcée sur la validité de ses prétentions. Il en résulte que le séquestre est nécessairement obligé d'accomplir certains actes d'administration...¹¹⁹

Les règles du *Code de procédure civile* font du séquestre, un dépositaire devant bien et fidèlement administrer les biens sans faire aucune réparation ou impense ou autre acte qui ne soit de pure administration, sans l'autorisation du tribunal; devant remettre les biens et rendre compte de sa gestion à la fin de sa charge, le tout contre la rémunération qui sera taxée par le notaire.

Dans le cas d'un séquestre nommé à tous les actifs d'une compagnie, il est important de déterminer davantage quels sont ses pouvoirs et ses obligations. À ce sujet, l'article 1827 du *Code civil* énonce ce qui suit :

Celui qui est chargé de séquestre par l'autorité judiciaire et à qui les effets ont été délivrés est soumis à toutes les obligations qui résultent du séquestre conventionnel.

Or, l'article 1819 C.C. mentionne que le séquestre est sujet aux règles applicables au dépôt simple, en autant qu'elles ne sont pas incompatibles. Cependant, l'article 1822 C.C. ajoute que lorsque le séquestre n'est pas gratuit, ce qui est toujours le cas pour un séquestre judiciaire, il est assimilé au contrat de louage et que l'obligation du dépositaire, quant à la garde des biens séquestrés, est la même que celle du locataire. Cette obligation est donc d'user des biens en bon père de famille et de rendre les biens à l'expiration du séquestre¹²⁰. Le séquestre ne peut changer la forme ou la destination des biens, il répond des dégradations ou des pertes qui surviennent aux biens, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans faute de sa part; il doit rendre les biens dans l'état où il les a reçus, sauf les changements résultant de leur usage normal, d'un cas fortuit ou d'une force majeure et finalement, il n'est tenu que des menues réparations d'entretien, sauf si ces réparations résultent du vieillissement normal des biens, d'un cas fortuit ou d'une force majeure¹²¹.

Ceci fait dire au juge Jacques, dans l'affaire *Nadeau et frères Ltée c. C.A. Parent Inc.*¹²², que « les actes de pure administration dont il est question à l'article 745 du *Code de procédure civile* sont des actes qui ont pour seul but de conserver la chose, sauf vieillissement normal ou cas fortuit »¹²³. Les actes

119. P.B. MIGNAULT, *Le Droit Civil Canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1909, tome 8, p. 177.

120. Article 1617 C.C.

121. Articles 1618, 1621, 1623 et 1627 C.C.

122. [1977] C.S. 228.

123. *Id.* à la page 230.

de pure administration sont ceux qui assurent le minimum d'entretien requis pour protéger les biens contre les détériorations majeures ¹²⁴, tout autre acte nécessitant l'autorisation du tribunal.

L'article 1703 C.C., dans le titre du mandat, distingue également entre les actes d'administration et les actes de disposition et il est possible d'en tirer application dans le cas du séquestre, lequel ne pourrait ainsi aliéner, donner en garantie ou poser tout acte de propriété sans l'autorisation du tribunal.

Lorsqu'il s'agit de mettre sous séquestre tous les actifs d'une compagnie opérante, il est bien évident que le séquestre doit faire beaucoup plus que des actes de pure administration et il y a avantage à ce moment à demander dans la requête pour ordonnance de séquestre des pouvoirs additionnels d'administration ¹²⁵.

Pendant les tribunaux ne peuvent donner au séquestre judiciaire des pouvoirs que la loi lui refuse. Ainsi, l'article 747 C.P.C. interdit la vente des biens, sauf s'ils sont périssables ou susceptibles de se déprécier rapidement. Nous avons vu dans le cadre de la saisie avant jugement qu'il existe un article semblable et qu'il a été interprété restrictivement. Il semble donc qu'une telle interprétation doit être suivie dans le cas du séquestre, du moins quant à la machinerie et l'équipement.

Mais lorsque l'entreprise sous séquestre constitue une entreprise manufacturière, il est important que le séquestre puisse obtenir l'autorisation de vendre les produits qu'elle manufacture afin de continuer d'opérer et il nous semble que si l'ordonnance de séquestre confie des pouvoirs assez larges au séquestre, celui-ci a le droit de vendre les produits que l'entreprise manufacturera après sa mise sous séquestre.

En effet, l'article 1807 C.C. énonce que le dépositaire est tenu de restituer les fruits qu'il a perçus de la chose déposée; l'article 409 C.C. distingue entre les fruits naturels, industriels et civils. Les fruits industriels peuvent être définis comme étant les objets qu'une chose donne périodiquement et sans altération ni diminution de sa substance et qui résulte du travail de l'homme ¹²⁶. Puisque les produits manufacturés sont les fruits provenant des biens sous séquestre, il semble que le séquestre peut les vendre et en percevoir le prix, car il ne s'agit pas de biens séquestrés proprement dit. Pour ce qui est des produits manufacturés qui étaient en inventaire au moment de la mise sous séquestre, il semble qu'il faudra nécessairement

124. *Supra*, note 112.

125. *Supra*, note 117.

126. A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945, tome 3, p. 132.

obtenir l'autorisation spécifique du Tribunal en vertu de l'article 747 C.P.C. Il faut cependant faire attention à ces dispositions, car si le séquestre pose des actes sans autorisation, il peut engager sa responsabilité personnelle ¹²⁷.

Le séquestre apparaît donc comme une mesure appropriée pour le fiduciaire dans certains cas et qui offre une plus grande flexibilité que la saisie avant jugement. Cette mesure entraîne cependant certains inconvénients, notamment du fait qu'elle est une mesure purement conservatoire. Le séquestre ne pourra vendre les biens, sauf les produits qu'il manufacture, et devra les administrer pendant toute l'instance jusqu'à jugement.

Si la corporation débitrice a fait défaut de rencontrer ses obligations envers le fiduciaire, c'est que généralement sa situation financière est précaire, ce qui n'aide pas la tâche d'administration d'un séquestre et il est possible que la compagnie fasse faillite pendant que les biens sont sous séquestre, auquel cas il est possible que le séquestre se termine automatiquement ¹²⁸.

La *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ¹²⁹ prévoit également certaines dispositions ayant trait aux séquestres et séquestre-gérants ¹³⁰. Dans sa version anglaise, elle emploie les mots *receivers and receiver-managers*, expression plus appropriée à la common law et il est douteux que ces dispositions soient applicables dans la province de Québec, comme l'énonce le juge Monk :

As regards a Receiver, there is no such officer or administrator, that I am aware of, known to our law. Under no circumstances do I believe such an officer could be appointed by this Court.¹³¹

Le juge Vaillancourt de la Cour supérieure a d'ailleurs décidé, dans l'affaire *Montel c. Groupe de Consultants P.G.L. Inc.* ¹³², que les dispositions de l'article 234(3) b) de cette loi, relatives à la nomination d'un séquestre-gérant sont *ultra vires* du pouvoir du parlement du Canada et que la partie VIII de cette loi, intitulée « Séquestres et Séquestre-Gérants », subit le même sort. Cependant, ce jugement a été renversé par la Cour d'appel ¹³³.

127. *Gennari c. Zervos*, [1966] C.S. 433.

128. *Doyer c. Acadia Acceptance Corporation Ltd.*, [1967] R.P. 308.

129. 1974-75-76, S.C. c. 33.

130. *Id.*, articles 89 à 96.

131. *Morrison c. The Grand Trunk Railway Company of Canada*, (1861) 5 L.C.J. 313, à la page 327.

132. [1981] C.S. 705.

133. *Montel c. Groupe de Consultants P.G.L. Inc.*, C.A.M. n° 500-09-001060-813 et 500-09-001070-812, le 1 novembre 1982.

Si ces dispositions sont applicables dans la province de Québec, elles ont pour effet de modifier radicalement les pouvoirs du séquestre. En effet, les articles 89 et 90 L.S.C.C. ne limitent pas le rôle du séquestre aux simples actes d'administration, ils lui permettent de recevoir les revenus, acquitter les dettes, réaliser les sûretés du fiduciaire et, dans les limites permises par le tribunal, exploiter l'entreprise de la corporation afin de protéger les sûretés du fiduciaire.

2.5.4. L'injonction

Le *Code de procédure civile* prévoit, comme troisième mesure provisionnelle, l'injonction et nul doute que cette mesure a fait l'objet du plus grand nombre de décisions et d'articles de doctrine parmi les trois. Cependant, la procédure d'injonction a été rarement utilisée dans un tel but.

L'injonction est un ordre de la Cour de ne pas faire ou, dans les cas qui le permettent, de faire un acte déterminé sous peine d'une condamnation à une amende avec ou sans emprisonnement¹³⁴.

L'article 752 C.P.C. permet de demander une injonction permanente dans le cadre d'une action principale mais également une injonction interlocutoire au début ou au cours d'une instance. Dans le cadre d'une prise de possession contestée, le fiduciaire recherchera le recours à l'injonction interlocutoire parce qu'elle a un effet immédiat, comme les autres mesures provisionnelles.

Afin d'obtenir une injonction interlocutoire, l'article 752 C.P.C. édicte deux conditions. Premièrement, le requérant doit démontrer que le droit qu'il cherche à faire établir a de bonnes chances d'être reconnu par le jugement final sur l'action principale. Deuxièmement, le requérant doit démontrer qu'il s'agit d'une situation exceptionnelle dans laquelle l'injonction interlocutoire est nécessaire afin d'éviter un préjudice sérieux ou irréparable, ou une situation de fait ou de droit d'une telle nature que le jugement final serait inefficace¹³⁵.

Dans le cas d'un fiduciaire qui veut exercer son droit à la prise de possession, celui-ci devra donc démontrer que son droit existe et au surplus, qu'il prévoit un risque exceptionnel de ne pas pouvoir l'exercer s'il attend le jugement final. Un tel danger existe dans pratiquement chaque cas où la compagnie débitrice fait face à de graves difficultés financières ; cependant,

134. Articles 751 et 761 C.P.C.

135. *Société de développement de la Baie James et autres c. Chef Robert Kanatewat et autres*, [1975] C.A. 166, p. 183.

la publicité entourant la prise de garanties par acte de fiducie, dont notamment l'enregistrement et les avis dans les journaux au moment du défaut, font qu'il y a bien peu de chance que la compagnie débitrice puisse disposer de tous ses biens sans que le fiduciaire en ait connaissance ou n'y consente. De ce fait, la situation de danger exceptionnel ne pourra être démontrée que dans les cas de manœuvres frauduleuses ou d'actes de mauvaise administration évidents.

La procédure d'injonction soulève un autre problème pour le fiduciaire en ce qu'elle lui offre la possibilité de demander une injonction de ne pas faire ou de demander une injonction de faire.

Dans le premier cas, le fiduciaire demandera à la Cour d'émettre une ordonnance interdisant à la compagnie de faire tout acte pouvant affecter d'une manière adverse les biens faisant l'objet de la garantie du fiduciaire jusqu'à jugement final. Une telle demande a été accordée à plusieurs reprises dans le cadre d'actions en passation de titre afin d'empêcher le promettant vendeur de disposer de l'immeuble faisant l'objet de l'action, car autrement le jugement final ne pourrait plus être exécuté¹³⁶. Il semble donc possible, pour le fiduciaire qui rencontre les conditions requises, d'obtenir une telle injonction interlocutoire.

Mais ce recours n'est pas satisfaisant car, non seulement le fiduciaire n'obtient pas la possession des biens faisant l'objet de sa garantie, mais ces biens demeurent en plus entre les mains de la corporation débitrice, ce qui est beaucoup moins efficace que la saisie avant jugement ou le séquestre, mesures qui prévoient au moins la dépossession des biens de la corporation en faveur d'un tiers. Donc, l'injonction, pour être utile au fiduciaire, doit permettre d'obtenir un résultat semblable.

L'article 751 C.P.C. prévoit également, dans les cas qui le permettent, l'émission d'une injonction mandatoire, qui ordonne de faire un acte. Il semblerait très avantageux pour le fiduciaire de demander une telle injonction interlocutoire ordonnant à la compagnie débitrice de lui remettre les biens faisant l'objet de sa garantie. Cependant, il nous semble que ce recours ne peut être exercé. En effet, lorsque le fiduciaire exerce les droits que lui confère l'acte de fiducie à la suite du défaut de la corporation débitrice, il s'adresse aux tribunaux pour faire reconnaître son droit à la possession des biens faisant l'objet de sa garantie et non pas pour faire reconnaître l'obligation de la corporation débitrice de lui remettre lesdits biens. Cette distinction est très importante, car lorsque son droit est reconnu, le fiduciaire

136. *Sachs c. Venne*, [1960] B.R. 1065. *Pabla c. Pilikian*, [1974] C.S. 439. *Lortie c. Gauthier et autres*, [1976] C.S. 1726.

peut prendre les moyens requis pour obtenir la possession des biens sans que la corporation débitrice n'ait à faire un acte quelconque. Le droit que le fiduciaire cherche à faire sanctionner n'est pas une obligation de faire de la part du débiteur, mais un droit dans la chose elle-même et l'exercice de ce droit ne dépend pas exclusivement des actes que la corporation débitrice pose.

Au surplus, une injonction interlocutoire ordonnant à la corporation débitrice de remettre les biens au fiduciaire donnerait le résultat recherché par le jugement au fond, ce qui n'est manifestement pas le but recherché par le *Code de procédure civile*¹³⁷. Ce problème particulier de l'injonction mandatoire a été souligné par le juge Greenberg dans l'affaire *Commonwealth Plywood Compagnie Limitée c. Conseil Central des Laurentides (C.S.N.) et autres*¹³⁸, au sujet de quatre ordres mandatoires contenus dans une ordonnance d'injonction interlocutoire, que la requérante cherchait à renouveler, comme suit :

Quant aux 4 paragraphes d'ordres mandatoires, il y a deux situations possibles à l'heure actuelle. Soit que les intimés visés ont obtempéré, dans quel cas, il n'y aura aucune raison de leur ordonner de refaire la même chose. Soit que les intimés visés n'ont pas obtempéré, dans quel cas, il n'y aurait aucune utilité de leur ordonner une deuxième fois de le faire. Dans la deuxième alternative, le recours et la sanction seraient l'outrage au Tribunal selon les dispositions des articles 761, 53 et 54 C.P.¹³⁹

Dans le cas d'un fiduciaire qui présente une demande d'injonction interlocutoire dans le cadre d'une action en injonction afin que la Cour ordonne à la corporation débitrice de remettre la possession de ses actifs au fiduciaire, la même situation que celle mentionnée par le juge Greenberg se produit.

En effet, si l'injonction interlocutoire est accordée, ou bien la corporation débitrice remettra la possession des biens au fiduciaire et le jugement sur l'action principale en injonction deviendra inutile, ou bien la corporation débitrice refusera de remettre la possession et le recours approprié sera alors l'outrage au tribunal. Dans cette deuxième éventualité, il est important de noter que la sanction prévue dans le cas de non-respect d'une ordonnance d'injonction n'est pas l'exécution forcée du jugement, mais l'outrage au tribunal et cette sanction n'aidra en rien le fiduciaire pour prendre possession des biens.

137. *Sasseville c. Boivin*, C.S. Roberval n° 155-05-000190-802, le 7 octobre 1980.

138. [1978] C.S. 194.

139. *Id.* à la page 197.

2.6. L'effet de la prise de possession

L'effet principal de la prise de possession des biens par le fiduciaire est de lui assurer le contrôle des biens formant sa garantie. Ainsi, ce contrôle lui permet de se protéger des actes que la corporation débitrice aurait autrement pu prendre, notamment à l'égard de la disposition des biens.

2.6.1. Sur les biens mobiliers

Dans le cas des biens mobiliers, la prise de possession joue un rôle très important sur le plan juridique, en ce qu'elle complète le droit de gage que détient le fiduciaire. Le gage confère au créancier deux droits distincts, soit le droit d'être payé par préférence (art. 1969 C.C.) et le droit de retenir la chose tant qu'il n'est pas entièrement payé (art. 1975 C.C.). Cependant, ce droit de rétention ne peut être exercé que si le gage reste en la possession du créancier (art. 1970 C.C.) et le fiduciaire n'acquiert donc ce droit de rétention qu'au moment de la prise de possession ¹⁴⁰.

Bien que l'article 1975 C.C. ne traite que du droit de rétention à l'encontre du débiteur, nos auteurs et notre jurisprudence ont reconnu que ce droit de rétention était également opposable aux tiers ¹⁴¹. Ainsi, le fiduciaire en possession peut produire une opposition à une saisie pratiquée sur les biens de la corporation débitrice et en demander l'annulation. Ce droit est accordé par l'article 597 C.P.C. en faveur de celui qui a droit de revendiquer un bien saisi à titre de gagiste (art. 734(1) C.P.C.).

Le droit de rétention permet donc au fiduciaire en possession de faire annuler la saisie et d'empêcher la vente plutôt que de se contenter d'exercer son privilège sur le produit de la vente par opposition à fin de conserver (art. 604 C.P.C.). Ce droit de rétention est très important pour le fiduciaire, car en conservant tous les biens de la corporation débitrice, il peut choisir d'attendre le moment le plus propice pour la vente ; il peut également choisir une façon de vendre plus avantageuse que la vente en justice et il a la possibilité de vendre l'entreprise en bloc afin d'obtenir une réalisation plus profitable sur la vente de ces biens ¹⁴².

140. *Supra*, note 14, à la page 63.

141. MIGNAULT, *supra*, note 119, tome 8, p. 408. G. BAUDRY-LACANTINERIE et P. DE LOYNES, *Traité Théorique et Pratique de Droit civil - Du Nantissement des Privilèges & Hypothèques et de l'expropriation forcée*, Paris, Librairie de la société du recueil J.B. Sirey et du journal du Palais, 1906, tome I. PAYETTE, *supra*, note 14 aux pages 63, 64. *La manufacture de seaux et de boîtes de Trois-Rivières c. Béliveau*, *supra*, note 18, à la page 397. *Gingras c. Maher*, (1918) 53 C.S. 289 à la page 290. *Leclerc c. Valin*, (1908) 14 R.L. 236 à la page 239.

142. *Supra*, note 14 à la page 64. L. PAYETTE, « Charge flottante : Privilège de la Couronne et saisie entre les mains du fiduciaire », (1980) 40 R. du B. 337, à la page 340.

Tel que nous l'avons mentionné précédemment, le droit de rétention n'a d'effet qu'en autant que le fiduciaire est en possession des biens. Ainsi, il a été décidé dans l'affaire *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Fountainhead Fun Center Ltd.*¹⁴³ que le fiduciaire, qui n'avait pas pris possession des biens de la corporation débitrice, ne pouvait faire une opposition en vertu de l'article 597 C.P.C. à l'encontre d'une saisie pratiquée par un autre créancier de la corporation.

En effet, le fiduciaire qui n'a pas pris possession, ne peut être considéré comme ayant un droit actuel à la possession donnant ouverture au droit de revendiquer de l'article 597 C.P.C. et à l'annulation de la saisie. Le juge Mailhot, dans l'affaire précitée, s'exprime ainsi :

Le privilège que détient le fiduciaire lui accorde un droit de préférence qui ne l'autorise pas à faire casser une saisie pratiquée par un autre créancier, tant et aussi longtemps que la compagnie n'est pas en défaut et que le fiduciaire n'a pas exercé son droit de prendre possession des actifs, suivant les modalités de l'acte de fiducie.¹⁴⁴

Il est cependant important de noter que dans cette affaire, le fiduciaire avait contesté la saisie sans manifester l'intention de prendre possession.

Dans d'autres cas, la prise de possession est faite après la date de la saisie, mais avant la date de la vente, ce qui soulève le problème de savoir si le fiduciaire peut alors s'opposer à la vente. Cette question a été soulevée dans l'affaire *Doyle, Dane, Bernback, Advertising Ltd. c. La réserve expertise (1978) Ltée*¹⁴⁵, dont les faits peuvent être résumés succinctement. La corporation débitrice avait consenti, en date du 12 juillet 1978, un acte de fiducie en faveur de la compagnie de fiducie, Canada Permanent. Le 28 septembre 1979, la demanderesse saisissait tous les biens meubles et immeubles de la corporation débitrice et la vente en justice était fixée au 23 octobre 1979. Le 21 octobre 1979, soit deux jours avant la vente, le fiduciaire a pris possession de tous les actifs de la corporation qui avaient été nantis et gagés en sa faveur aux termes de l'acte de fiducie et le 22 octobre 1979, le fiduciaire a produit une opposition à fin d'annuler la saisie en vertu de l'article 597 C.P.C. Cette opposition a été accueillie par le juge Deslongchamps qui motive sa décision comme suit :

Le fait que le fiduciaire soit ou ne soit pas en possession des biens faisant l'objet de l'acte de fidéicommiss, au moment de la saisie, n'altère en rien son droit de revendiquer la possession.¹⁴⁶

143. *Supra*, note 68.

144. *Supra*, note 68 à la page 204.

145. [1980] C.S. 772.

146. *Id.* à la page 775.

Pour justifier sa décision, il s'appuie sur l'affaire *Canadian Brass & Bedsteads Ltd. & Duclos c. La Société d'administration Général*¹⁴⁷, où il a été déclaré qu'en vertu d'un acte de fiducie et de la Loi, le fiduciaire possède un bon droit de gage, nonobstant le fait qu'il n'a pas eu la possession des biens, et qu'il a le droit d'en revendiquer la possession.

Il nous semble que cette interprétation est correcte et que le fiduciaire peut faire une opposition à fin d'annuler une saisie pratiquée par un tiers sur les biens gagés en sa faveur, même si le fiduciaire n'est pas actuellement en possession des biens, en autant qu'il ait exercé son droit à la prise de possession de ces biens et les revendique au créancier saisissant. En effet, l'article 597 C.P.C. complété par l'article 734 C.P.C. est un recours ouvert au tiers qui a droit de revendiquer le bien saisi à titre de gagiste. En parlant de revendication, le *Code de procédure civile* ne limite pas ce droit au gagiste en possession qui retient le bien, au contraire, dans le cas du gage ordinaire, il l'applique également à la revendication du bien dont le créancier a été involontairement dépossédé¹⁴⁸. Par extension, ce droit doit également s'appliquer, dans le cas de gage sans dépossession, au fiduciaire qui revendique les biens en vertu de son droit de prendre possession au cas de défaut. La Cour d'appel a déjà énoncé, dans le cadre de l'article 597 C.P.C., que : « La revendication a pour but l'obtention de la possession d'un objet, d'un bien¹⁴⁹ », et c'est précisément ce droit qui est conféré au fiduciaire en cas de défaut. L'article 597 C.P.C. n'est donc pas limité au créancier gagiste en possession qui veut retenir cette possession, mais s'applique également au créancier gagiste qui revendique la possession des biens auxquels il a droit.

Pour que le droit de rétention du fiduciaire soit efficace, il faut qu'il soit opposable à tous les créanciers de la corporation débitrice incluant ceux qui ont un privilège prenant rang avant celui du fiduciaire. Cette question est cependant fort controversée ; en France, la plupart des auteurs se sont ralliés à cette position qui est très bien résumée par Mazeaud comme suit :

Il faut, avec la jurisprudence, donner au gagiste le droit de se prévaloir de son droit de rétention même contre les créanciers dont le privilège est préférable au sien. En effet, le droit de rétention n'est pas le simple auxiliaire du droit de préférence ; il est donné à son bénéficiaire pour que celui-ci puisse, par l'attitude qu'il jugera la plus opportune — conserver le bien, le vendre ou le laisser vendre —, obtenir un paiement intégral. Et même si l'on estime que le seul but du droit de rétention est de faciliter au gagiste l'exercice de son droit de

147. (1916) 18 R.P. 206.

148. L. PAYETTE, « Opposition à fin de distraire — Nantissement commercial — Droit de rétention », (1979) 39 R. du B. 1032 à la page 1034.

149. *Service Finance Corporation c. Decca Radar Canada (1967) Limited*, [1971] C.A. 664, à la page 665.

vendre, il reste que le gagiste est juge des conditions les plus favorables à la vente, et qu'il ne peut être obligé, sauf disposition légale contraire, de s'en remettre à l'appréciation d'un créancier dont les intérêts sont différents.¹⁵⁰

De la même façon, la jurisprudence québécoise s'est ralliée à la position française et a reconnu le droit de rétention à l'encontre des autres créanciers privilégiés, même si leur privilège avait un rang supérieur à celui du gagiste¹⁵¹. Ainsi, dans l'affaire *Belleau c. Piton*¹⁵², le tribunal a accueilli l'opposition à la saisie présentée par le créancier gagiste qui aurait pris rang après les frais de justice distraits en faveur du saisissant si la vente avait été ordonnée. Sur cette question, le juge s'exprime ainsi :

Sans cette faculté d'en opposer la saisie, la rétention de la chose, dans la plupart des cas, surtout ici, où les frais privilégiés de justice sont souvent très élevés, ..., n'eut été qu'une sûreté factice et inutile qui n'eut offert aucune garantie.¹⁵³

Dans une affaire plus récente ayant trait à un conflit entre un ouvrier impayé et un créancier détenant un nantissement commercial, le tribunal a adopté une position semblable :

Le privilège de la demanderesse prime celui de la défenderesse, mais le droit de rétention actuel de la défenderesse prime le droit de rétention éventuel du créancier bénéficiaire d'un nantissement commercial.¹⁵⁴

Il faut souligner toutefois que le Code civil français ne contient pas une disposition analogue à l'article 1977 C.C. et que les décisions québécoises dont il est fait mention précédemment n'ont pas soulevé ce point. L'article 1977 C.C. énonce ce qui suit :

Les droits du créancier sur la chose qui lui est donnée en gage sont subordonnés à ceux qu'y ont des tiers, suivant les dispositions contenues au titre des Privilèges et Hypothèques.

Dans l'affaire *Sous-Ministre du Revenu du Québec c. Total Rental Equipment Inc.*¹⁵⁵, le juge Forest s'est appuyé sur l'article 1977 C.C. pour rejeter l'opposition présentée par le fiduciaire à fin d'annuler la saisie et il énonce ce qui suit :

... le fiduciaire, après la prise de possession, avait les droits d'un créancier gagiste, en possession du gage, mais que dans le présent cas, le demandeur avait

150. *Supra*, note 76, tome 3, à la page 79.

151. *Lachapelle c. Lymburner*, (1925) 31 R.L. 1. *Canadian Brass & Bedsteads Ltd. c. Duclos*, *supra*, note 147 à la page 210.

152. (1887) 13 Q.L.R. 337.

153. *Id.* à la page 341.

154. *Elliot Krever and Associates Limited c. Montreal Casting Repairs Ltd.*, [1969] C.S. 6 aux pages 8 et 9.

155. [1979] C.S. 840.

un droit spécial, préférentiel sur lesdits effets saisis, qu'il pouvait exercer par voie de saisie ;¹⁵⁶

Ce droit spécial, que le juge mentionne, est le privilège accordé aux sommes dues à Sa Majesté aux droits du Québec en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le ministère du revenu*¹⁵⁷. Ce privilège prend rang immédiatement après les frais de justice et donc avant le rang accordé au fiduciaire.

Vu l'importance que peut avoir cette décision, il y a lieu de s'y attarder quelque peu. Dans cette affaire, la corporation débitrice avait consenti un acte de fiducie en date du 29 juillet 1977 en faveur du Trust Général du Canada. À la suite du défaut, de la corporation, du respect de ses obligations, le fiduciaire a pris possession de tous les actifs nantis et gagés en sa faveur, et ce, en date du 31 mai 1978. Le fiduciaire décida de procéder à la vente à l'encan desdits actifs et la vente fut prévue pour les 12 et 13 septembre 1978. Cependant, le 6 septembre 1978, le sous-ministre du revenu du Québec fit saisir ces biens et alléguait avoir un privilège de meilleur rang que celui du fiduciaire. Le fiduciaire présenta alors une opposition à fin de distraire, mais il fut convenu entre les parties que la vente aurait lieu telle que prévue et que le montant de la créance du sous-ministre serait conservé par le fiduciaire en attendant le jugement sur l'opposition.

Donc, le fiduciaire alléguait son droit de rétention alors que la vente avait eu lieu. Puisque le droit de rétention a uniquement pour but de permettre au créancier de conserver la possession des biens jusqu'à ce qu'il décide de les vendre, il nous semble évident qu'après la vente par le fiduciaire, celui-ci doit se départir des biens en faveur de l'acquéreur et son droit de rétention disparaît donc également.

Dans les circonstances, il nous semble que le juge a rejeté l'opposition du fiduciaire à bon droit mais qu'il l'a fait pour les mauvaises raisons. En effet, l'opposition n'était pas fondée car le droit de rétention du fiduciaire avait disparu au moment de la vente et non pas parce que le privilège du sous-ministre du revenu constituait un droit préférentiel au droit de rétention.

Il est donc malheureux que cette décision soit fondée sur un point qui n'était pas vraiment pertinent à l'affaire. Cependant, l'article 1977 C.C. soulève un problème important, car si le droit de rétention du créancier gagiste ne peut empêcher les autres créanciers privilégiés de saisir et de vendre en justice, ses effets sont à toutes fins pratiques, anéantis¹⁵⁸.

156. *Id.* à la page 844.

157. L.R.Q. chapitre M-31.

158. *Supra*, note 142, à la page 342.

Bien que l'article 1977 C.C. utilise le pluriel et subordonne tous les droits du gagiste à ceux des autres créanciers privilégiés, nous ne croyons pas que ceci affecte le droit de rétention du gagiste. En effet, l'article 1977 C.C. traite des droits du créancier sur la chose elle-même et le seul droit sur la chose que confère le gage est celui d'être payé par préférence (art. 1969 C.C.). Le droit de rétention lui n'est pas un droit sur la chose, mais plutôt un attribut de ce droit. Le droit de rétention a pour but de protéger l'existence du droit du gagiste sur la chose.

Au surplus, les droits des autres créanciers mentionnés à l'article 1977 C.C. ne sont pas illimités, ces droits sont ceux contenus au titre des Privilèges et Hypothèques.

En matière mobilière, l'article 1983 C.C. énonce que « le privilège est le droit qu'a un créancier d'être préféré à d'autres créanciers suivant la cause de sa créance ». Ce droit s'exerce au moment de la vente des biens, mais le *Code civil* ne confère aucunement dans ce titre un choix aux créanciers privilégiés de faire vendre les biens. Sur ce point, Mazeaud s'exprime ainsi :

Le créancier privilégié n'a pas de droit particulier relativement à la vente proprement dite des biens de son débiteur : il ne peut pas s'opposer à ce que les autres créanciers y procèdent, et, s'il en prend l'initiative, il suivra, comme un créancier ordinaire, toutes les formalités de la saisie et de la vente ; en particulier, à la différence du créancier gagiste, il n'est pas dispensé de la saisie, car il n'est pas en possession des biens.¹⁵⁹

Puisque les autres créances privilégiées ne s'appliquent qu'au produit de la vente et non à la saisie des biens, il nous semble que le droit de rétention du créancier gagiste lui permet nécessairement de s'opposer à la saisie des biens et l'article 1977 C.C. ne porte pas atteinte à ce droit.

Le privilège et le droit de rétention sont deux sûretés d'un ordre différent et l'article 1977 C.C. n'est qu'un renvoi pour le rang du privilège lors de la collocation¹⁶⁰.

2.6.2. Sur les biens immobiliers

Il est évident que, de par leur nature, les biens immobiliers soulèvent moins de difficultés pour la prise de possession. L'enregistrement de l'avis de prise de possession constituera une notification publique à cet effet et il n'y a pas de risque que les biens immobiliers soient enlevés. Cependant, il n'en demeure pas moins que pour être efficace, la possession du fiduciaire, quant

159. *Supra*, note 76, tome 3, à la page 133.

160. *Norton c. Feltus*, (1932) 52 B.R. 209, à la page 223.

aux immeubles, doit être opposable à la corporation débitrice ainsi qu'aux tiers. L'article 29 de la Loi confère au fiduciaire une hypothèque et un nantissement sur les immeubles ; les règles du *Code civil* relatives à l'hypothèque ne peuvent être d'aucun secours puisqu'elles ne prévoient pas qu'un créancier puisse posséder l'immeuble hypothéqué. Il n'en est pas de même du nantissement, car l'article 1967 C.C. prévoit expressément le nantissement des immeubles. Bien que le *Code civil* ne consacre qu'un article au nantissement des immeubles et qu'il s'agisse d'une sûreté rarement utilisée dans notre province, il a été décidé qu'il offrait une sûreté parfaitement valide ¹⁶¹, qui pouvait se retrouver couramment dans les actes de fiducie ¹⁶².

Puisque l'article 1967 C.C. applique au nantissement sur les immeubles les mêmes règles que celles du gage, les auteurs ont reconnu que le droit de rétention existait en faveur du créancier en possession de l'immeuble nanti ¹⁶³. Ils enseignent que le nantissement des immeubles constitue un droit réel qui est opposable au débiteur ainsi qu'à ses créanciers ordinaires et privilégiés. Cependant, puisqu'il s'agit de biens immobiliers, ce droit est assujéti aux règles relatives à l'enregistrement et ne peut être opposé aux droits d'un créancier garanti qui ont été enregistrés antérieurement au nantissement.

Ces auteurs s'entendaient également pour dire que le droit de rétention ne permettait pas au créancier de s'opposer à la saisie et à la vente des immeubles nantis en vertu de l'ancien *Code de procédure civile* ¹⁶⁴. Il semble que cette situation n'a pas été modifiée par le nouveau *Code de procédure civile* et que les règles permettant au créancier gagiste de faire annuler la saisie mobilière (art. 597 C.P.C.), ne s'appliquent pas aux immeubles. En effet, l'article 679 C.P.C. énonce expressément que « ... si l'opposition a pour objet de revendiquer l'immeuble saisi, ... elle a l'effet d'une opposition à fin de conserver. » Par conséquent, il semble qu'en matière immobilière, le fiduciaire ne pourra empêcher la saisie et la vente des immeubles dont il a pris possession. Si la vente a lieu, ces auteurs sont d'opinion que le nantissement d'immeuble ne crée pas de droit de préférence ¹⁶⁵ de sorte que le fiduciaire prendra le rang que lui confère son hypothèque.

Le pouvoir de prendre possession des biens de la corporation, qui est accordé au fiduciaire par la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, n'est donc pas si éloigné des règles du *Code civil* que nous aurions pu le croire

161. *Saint-Aubin c. Desmarteau*, (1911) 20 B.R. 398.

162. W.M. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs & Co. 1932, à la page 476.

163. MARLER, *id.* à la page 479. MIGNAULT, *supra*, note 119 à la page 400.

164. MARLER, *id.* à la page 480. MIGNAULT, *supra*, note 119, aux pages 400 et 401.

165. MARLER, *id.* à la page 483. MIGNAULT, *supra*, note 119 à la page 398.

à prime abord, et se rattache aux dispositions sur le gage et le nantissement. Cependant, tout comme le créancier nanti, le fiduciaire en possession n'est pas propriétaire des biens (art. 1972 C.C.)¹⁶⁶ et n'est pas assujéti à certaines obligations du propriétaire. Ainsi, dans l'affaire *La Société d'administration et de fiducie c. La Ville de Longueuil*¹⁶⁷, il a été décidé que le fiduciaire en possession des biens n'est pas propriétaire et ne doit pas être confondu avec la corporation débitrice; en conséquence, le juge a refusé le droit à la ville d'interrompre le service d'eau en soulignant ce qui suit :

La demanderesse ne refuse pas de payer la taxe pour l'eau qui lui est fournie ; il s'agit plutôt de la taxe pour l'eau fournie à la Laiterie St-Alexandre Ltée.¹⁶⁸

Bien que nous soyons d'accord avec la décision du juge dans le cas d'un fiduciaire, les faits de cette affaire, tels que résumés par le juge, font apparaître une situation différente. Les Laiteries Mont Royal & Cie Ltée avaient émis des obligations et la demanderesse avait été nommée fiduciaire. Après défaut, elle avait pris possession des actifs de la corporation débitrice. Parmi ces actifs se trouvaient la totalité des actions de Laiterie St-Alexandre Ltée et la demanderesse a donc également pris possession des actifs de cette filiale. Le litige avec la Ville portait justement sur les actifs de la filiale et, d'après les faits résumés dans le jugement, la filiale n'avait pas consenti d'acte de fiducie en faveur de la demanderesse. Il nous semble donc qu'en l'absence d'acte de fiducie de la filiale, le fiduciaire n'était qu'actionnaire de Laiterie St-Alexandre Ltée et que sa possession ne pouvait être distincte de celle de la compagnie.

Une autre affaire ayant trait à un fiduciaire en possession¹⁶⁹ a soulevé une question intéressante. Dans cette affaire, le fiduciaire avait pris possession des actifs de la corporation débitrice qui devait à cette date des sommes à Gaz Métropolitain pour approvisionnement en gaz. Le fiduciaire avait offert de payer le gaz qu'il utiliserait mais non pas ce qui était dû auparavant par la corporation. D'autre part, Gaz Métropolitain demandait le paiement complet, à défaut de quoi, il interromprait le service de gaz dans l'immeuble de la corporation, tel que le lui permet l'article 73 de la *Loi des compagnies de gaz et d'électricité*¹⁷⁰. La question soulevée était de savoir si l'immeuble en litige était demeuré, après la prise de possession, la propriété de la personne redevable des arrérages dus à Gaz Métropolitain¹⁷¹.

166. Voir le texte de la sous-section 1.3.

167. *Supra*, note 67.

168. *Supra*, note 67, à la page 373.

169. *Mercure Béliveau et associés c. Gaz Métropolitain Inc.*, *supra*, note 67.

170. L.R.Q. chap. C-44.

171. L. PAYETTE, « Fiduciaire pour obligataires — Approvisionnement en gaz », (1981) 41 R. du B. 286, à la page 287.

Après avoir revu la jurisprudence sur les actes de fiducie, le juge en conclut que la propriété des biens est demeurée entre les mains de la corporation débitrice. Cependant, le juge poursuit en énonçant ce qui suit :

Au cas de défaut et de prise de possession, si la débitrice conserve un droit de propriété, ce droit est purement théorique car tous les attributs du droit passent au fiduciaire pour le bénéfice des détenteurs d'obligations. C'est le fiduciaire qui a le droit de posséder, d'hypothéquer, d'administrer et de disposer de l'immeuble. Le débiteur, par suite d'un acte de fiducie enregistré pour valoir contre tous et par suite de son défaut, perd à la prise de possession tous les pouvoirs d'un propriétaire de l'immeuble.¹⁷²

Et le juge utilise ce raisonnement pour déclarer que l'article 73, lorsqu'il parle de l'immeuble de la personne redevable, présuppose que le débiteur possède pleine autorité sur l'immeuble. Il nous semble que cette interprétation ajoute une condition qui n'est pas énoncée à l'article 73¹⁷³. Ce démembrement du droit de propriété dont parle le juge Benoit doit-il recevoir une attention particulière ? Nous ne le croyons pas. Il est vrai qu'après défaut et prise de possession, le propriétaire n'a plus la jouissance de sa propriété, mais ceci n'affecte aucunement sa propriété en tant que telle. Le *Code civil* prévoit plusieurs situations où la jouissance du propriétaire est réduite par les conventions qu'il a légalement signées ; ainsi, dans le cas de l'usufruit, les droits du propriétaire sont tellement restreints qu'il est communément appelé le nu-propriétaire ; cependant, ceci ne change pas le fait qu'il est propriétaire.

Le juge n'a pas semblé faire la distinction entre la propriété juridique d'un bien et la jouissance de ce bien. Le propriétaire peut consentir la jouissance du bien à un tiers sans en abandonner la propriété. La situation est la même lorsqu'un débiteur consent une hypothèque sur son immeuble avec une clause de transport de loyers. Au cas de défaut, le débiteur perd le bénéfice des revenus de l'immeuble, mais il demeure assujéti à toutes les charges et nul n'oserait prétendre qu'une telle clause pourrait affecter la qualité du titre de propriété du débiteur.

Au surplus, le tribunal énonce qu'au moment de la prise de possession, tous les attributs du droit de propriété passent au fiduciaire. Il est vrai que, dans ce cas, le fiduciaire obtient la possession, l'administration et le droit de disposition des biens de la corporation débitrice, mais ces droits du fiduciaire sont limités par la Loi et par l'acte de fiducie. Le *Code civil* définit la propriété comme étant le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue (art. 406 C.C.) : or, le fiduciaire ne les possède pas

172. *Supra*, note 67 à la page 480.

173. Pour une étude approfondie sur l'article 73, voir PAYETTE, *supra*, note 171.

pour lui-même, mais pour le bénéfice des détenteurs d'obligations. Il est assujéti au devoir d'apporter les soins d'un bon père de famille¹⁷⁴ et il en dispose pour rembourser les sommes dues aux obligataires.

Ainsi, si le produit de la disposition est supérieur au montant de la créance, le surplus sera remis à la corporation. Il est donc erroné de prétendre que tous les attributs du droit de propriété passent au fiduciaire. Ce dernier n'a pas beaucoup plus de droits qu'un créancier gagiste si ce n'est que l'objet de la garantie est beaucoup plus considérable puisqu'il inclut généralement la totalité des actifs de la corporation débitrice. Ce n'est pas parce qu'un débiteur nantit tous ses actifs que le nantissement devient un démembrement du droit de propriété et il en est de même pour un acte de fiducie.

Le tribunal dans cette affaire a semblé être impressionné par le fait que Gaz Métropolitain exerçait un droit exorbitant qui lui est consenti par la loi. « Je ne puis concevoir l'interruption de service autrement que comme le moyen de pression par excellence pour contraindre le débiteur personnel de la compagnie d'utilités d'acquitter sa dette¹⁷⁵. » Et il a étiré la notion de propriété afin de réduire l'effet du droit consenti au créancier.

Un tel raisonnement permettrait une façon très civiliste de contourner le principe énoncé dans *Laliberté c. Larue*¹⁷⁶ à l'effet que le fiduciaire ne devient pas propriétaire des biens de la corporation débitrice mais nous ne croyons pas que les garanties consenties par la Loi viennent à être considérées comme un démembrement du droit de propriété.

3. L'administration des biens

3.1. Le statut juridique du fiduciaire

Après avoir pris possession des biens de la corporation, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* accorde au fiduciaire le pouvoir de les administrer et de les vendre pour le bénéfice des obligataires. Pendant cette administration, les actes d'administration du fiduciaire ont nécessairement un effet sur les obligataires, sur la corporation et sur les tiers ; et il y a lieu de se demander quels sont les pouvoirs et les devoirs du fiduciaire au cours de son administration.

En règle générale, pour connaître l'étendue des pouvoirs et des devoirs d'une personne, il est nécessaire de préciser son statut juridique. Dans le cas

174. Articles 1972 et 1802 C.C.

175. *Supra*, note 67 à la page 479.

176. *Supra*, note 5.

du fiduciaire, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* est muette à ce sujet et malheureusement, le *Code civil* ne vient pas beaucoup en aide. En effet, celui-ci ne prévoyant que le gage de choses mobilières spécifiques, il n'a pas envisagé la possibilité d'administration des biens gagés. Le *Code civil* prévoit que la garde des biens par le créancier gagiste est soumise aux règles du dépôt (art. 1972 C.C.) qui prévoient une garde passive de l'objet, ce qui cadre très mal avec l'administration normale d'une entreprise commerciale.

Puisque la Loi parle d'acte de fidéicommiss et de fidéicommissaire (art. 28), celui-ci pourrait être considéré comme un fiduciaire au sens du *Code civil*¹⁷⁷. Cependant, cette position a été rejetée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Laliberté c. Larue*, où le juge Rinfret énonce ce qui suit :

Le statut dit que l'hypothèque, le nantissement ou le gage « peuvent être constitués » par « acte de fidéicommiss » et la version anglaise s'exprime : « by trust deed ». Il est à peine besoin d'insister pour démontrer que c'est seulement un nom ou une étiquette que l'on donne au contrat. Le « trust », sauf dans la forme restreinte où on le trouve au chapitre de la fiducie (*Code civil*, livre troisième, titre deuxième, chapitre IVa), n'a jamais existé dans le système légal de la province de Québec, qui ne comprend d'ailleurs aucun mécanisme (machinery) pour le faire fonctionner. Il serait inconcevable que le législateur, par l'usage, non pas même du mot « trust », mais de l'appellation « trust deed », eût voulu introduire d'un seul coup le « trust » anglais avec sa complexité et ses multiples aspects si foncièrement étrangers à l'économie du droit de Québec...

De même que nous avons banni de notre interprétation la conception du « mortgage » de la common law, pour les raisons que nous venons de donner, il convient donc également d'en écarter la conception du « trust » anglais.¹⁷⁸

Cette décision est la seule où la nature du statut du fiduciaire a été discutée et il faut s'y rallier pour conclure qu'il n'est pas un fiduciaire au sens du chapitre de la fiducie du *Code civil*¹⁷⁹.

Puisque le fiduciaire n'agit pas à titre de principal, en ce sens qu'il n'est qu'un intermédiaire entre la corporation et les obligataires, son statut s'apparente à celui du mandataire; cependant, il est plus difficile de déterminer de qui il est mandataire. En effet, la Loi énonce que le fiduciaire administre pour le compte des obligataires (art. 30) et il devrait donc normalement être le mandataire des obligataires¹⁸⁰.

177. Articles 981 a) et suivants C.C.

178. *Supra*, note 5 aux pages 17 et 18.

179. R.C.T. HARRIS, « Nature of the Trust under a Trust Deed », dans *Conférences Commémoratives Meredith*, Don Mills, Richard de Boo, 1977, p. 1, à la page 5.

180. MARLER, *supra*, note 162 à la page 481. *Les Industries E. Savoie Inc. c. Sous-ministre du Revenu*, [1981] C.S. 800.

Par contre, l'acte de fiducie prévoit généralement que « la compagnie constitue et nomme le fiduciaire comme son agent et mandataire irrévocable »¹⁸¹ pour certaines fins. Ce même acte prévoit également que le fiduciaire doit agir conformément aux instructions, demandes ou directives des obligataires¹⁸².

Le mandat du fiduciaire est donc pour le moins boiteux. La compagnie donne au fiduciaire un mandat contenant une stipulation pour autrui : administrer pour le compte et suivant les directives des obligataires. Ceci nous semble étirer quelque peu la notion du mandat. La difficulté de préciser le mandat du fiduciaire, s'il en a un, a déjà fait l'objet du commentaire suivant :

La principale thèse des procureurs de l'intimée... est que Montreal Trust n'est en fait qu'un mandataire, un administrateur qui n'agit pas personnellement mais pour son mandat qui serait Canadian Converters.

Mais, à cet égard, il est bon de noter que la décision d'opérer l'entreprise est celle de Montreal Trust et que la durée de cette exploitation relève du Trust. Par ailleurs, il s'agirait alors d'un mandat irrévocable tant que le défaut persisterait. Enfin, on peut soumettre que le Trust est plutôt le mandataire du prêteur et des obligataires parce que c'est pour rembourser leur créance qu'il est amené à « réaliser » les garanties.¹⁸³

Ce problème n'a fait l'objet d'aucune autre décision des tribunaux de la province de Québec qui pourrait faciliter la tâche. Cependant, le même problème se retrouve en common law, lorsque l'administration des biens de la corporation est confiée à un *receiver-manager* nommé par les obligataires. Il est de pratique courante de prévoir dans le *trust deed* une clause semblable à celle mentionnée précédemment et qui se lit comme suit :

The receiver shall for all purposes be deemed to be the agent of the Company and not of the Bank, and the Company shall be solely responsible for his acts or defaults and for his remuneration.¹⁸⁴

Le *receiver-manager* est donc nommé par les obligataires, parfois par le tribunal, pour voir à leurs intérêts, mais il est en même temps l'agent de la corporation. Le juge Houlden a décrit cette situation ambivalente de la façon suivante :

It seems to me that the receiver and manager in a situation like the present is wearing two hats. When wearing one hat, he is the agent of the debtor

181. *Supra*, note 63 à la page 144.

182. *Id.* à la page 149.

183. *Montreal Trust Company c. Le tribunal du travail*, [1975] R.D.T. 165, à la p. 177.

184. *Peat Marwick Limited v. Consumers Gas Company*, (1980) 35 C.B.R. n.s. 1, à la page 4; voir aussi *Re Paradise Gardens v. Federal Business Development Bank*, (1982) 41 C.B.R. n.s. 297.

company; when wearing the other, the agent of the debenture holder. In occupying the premises of the debtor and in carrying on the business, the receiver and manager acts as the agent of the debtor company. In realizing the security of the debenture holder, notwithstanding the language of the debenture, he acts as the agent of the debenture holder...¹⁸⁵

La jurisprudence canadienne anglaise reconnaît donc que le *receiver manager* se trouve à être agent des deux parties selon les circonstances. Il serait intéressant d'apporter la même interprétation dans la province de Québec et de définir le fiduciaire comme étant le mandataire de la corporation débitrice lorsqu'il administre les biens et le mandataire des obligataires lorsqu'il perçoit les sommes provenant de son administration.

Cependant, le mandat soulève un problème additionnel, car l'article 1755 du *Code civil* prévoit expressément que le mandat prend fin par la faillite de l'une ou l'autre des parties affectées. Au cas de faillite de la corporation débitrice, le fiduciaire ne pourrait donc plus administrer ni vendre à titre de mandataire de la corporation¹⁸⁶.

Or, il a été décidé à de nombreuses reprises par nos tribunaux que le fiduciaire en possession ne pouvait se faire enlever l'administration des biens par le syndic ou le liquidateur¹⁸⁷ et de plus, que le fiduciaire avait le droit de réclamer au syndic ou liquidateur la possession des biens¹⁸⁸. Il semble illogique que le fiduciaire puisse obtenir du syndic à la faillite de la corporation la possession des biens afin de les administrer en vertu d'un mandat que la corporation lui a donné et qui a pris fin par sa faillite.

3.2. Les obligations du fiduciaire

Le statut juridique du fiduciaire n'entre donc dans aucune des catégories du *Code civil* ayant trait à l'administration des biens d'autrui. Cependant, il ne nous semble pas essentiel de déterminer le statut du fiduciaire pour en examiner les devoirs et les pouvoirs. En effet, la Loi accorde au fiduciaire le pouvoir de prendre possession, d'administrer et de vendre les biens de la compagnie pour le bénéfice des obligataires et ce pouvoir général est

185. *Peat Marwick, id.* à la page 11.

186. *Supra*, note 179 à la p. 9.

187. *In re Auguste Couillard Limited c. Le Crédit Mont Royal Limitée*, (1928) 8 C.B.R. 395. *Trust Général du Canada c. Théâtre Moderne Limitée*, [1959] C.S. 358. *Paul Hébert c. Trust Général du Canada et Jacques Paré et Le Centre de Golf Mont Pelier Inc.*, C.A.M. n° 500-09-000498-72, le 22 mars 1974.

188. *Canadian Brass & Bedsteads Ltd. & Duclos c. Société d'administration générale, supra*, note 147. *Canadian Footwear Company Limited c. Trust Général du Canada et Duclos*, (1929) 10 C.B.R. 470. *Laval Transport Inc. c. Chartre et autres*, [1957] B.R. 263.

suffisant pour autoriser le fiduciaire à agir. Au surplus, l'acte de fiducie énonce généralement les devoirs et les pouvoirs du fiduciaire dans son administration et c'est fort probablement l'absence de classification juridique du rôle du fiduciaire qui a incité la rédaction de clauses énonçant de façon spécifique ses fonctions, tant à l'égard de la corporation que des obligataires.

Malgré tout, le *Code civil* conserve encore une certaine application : bien que l'acte de fiducie ne fasse pas partie d'un chapitre spécifique dans le *Code civil*, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un acte qui engendre des obligations et qu'il est donc régi par les dispositions générales du *Code civil* ayant trait aux obligations. Lorsque le fiduciaire prend possession et administre les biens de la corporation, il effectue une mesure conservatoire en ce sens qu'il conserve les biens jusqu'à ce qu'il les vende. Or, lorsqu'il conserve les biens, il est assujéti aux dispositions de l'article 1064 C.C. qui énonce ce qui suit :

L'obligation de conserver la chose oblige celui qui en est chargé d'y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation du bon père de famille se retrouve à plusieurs autres endroits dans le *Code civil*, dans la fiducie (art. 981 k) C.C.), dans le louage (art. 1617 C.C.), le mandat (art. 1710 C.C.), le prêt (art. 1766 C.C.) et le dépôt (art. 1802 C.C.). Nous voyons donc qu'à l'égard des obligations du fiduciaire quant à la conservation des biens, il n'est pas nécessaire de déterminer un statut juridique précis, la règle du bon père de famille se retrouvant dans toutes les catégories où l'on serait tenté de l'insérer.

Cette obligation d'administrer en bon père de famille a été reconnue par nos tribunaux dans le cadre d'actes de fiducie. La seule décision qui a trait à cette question a été rendue dans l'affaire *Van Horne c. Montreal Trust Company*¹⁸⁹, où le juge Rinfret a énoncé les devoirs du fiduciaire comme suit :

What really took place is that the Trustee followed the instructions of the Owner and, at all events, has exercised due care and prudence in the carrying out of its duties.¹⁹⁰

Une décision dans le même sens a été rendue dans l'affaire *Turcotte c. Groupe La Laurentienne (La Prévoyance) Cie d'assurance*¹⁹¹, bien qu'il ne s'agît pas d'un acte de fiducie. Dans cette affaire, le demandeur avait hypothéqué sa propriété en faveur de la Banque Canadienne Nationale et, à

189. (1924) 62 C.S. 436.

190. *Id.* à la page 442.

191. C.S. Chicoutimi n° 150-05-000785-79, le 19 avril 1982.

la suite de son incapacité de payer les mensualités, le demandeur avait remis les clefs à la Banque qui avait alors pris possession de la propriété. Le tribunal a assimilé ces gestes à un nantissement de la propriété et a donc appliqué les articles 1967, 1973 et 1064 C.C. pour conclure que la Banque devait apporter à la conservation de la propriété les soins d'un bon père de famille. Nous avons vu précédemment que la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* permet de conférer un nantissement sur les biens immobiliers et mobiliers, lequel est assujéti aux dispositions du *Code civil*; par conséquent, le raisonnement du tribunal dans cette affaire devrait recevoir application dans le cas d'acte de fiducie.

La notion de bon père de famille est cependant bien vague. Faribault dans son *Traité de droit civil du Québec*¹⁹² la définit comme suit :

... Il ne faut pas rechercher ce qu'il pouvait faire d'après ses propres habitudes, mais plutôt s'il a agi comme le ferait un homme sain d'esprit qui administre ses propres affaires avec une vigilance moyenne.¹⁹³

Le juge Moisan, dans l'affaire *Turcotte*, précise l'obligation d'administrer en bon père de famille ainsi :

L'obligation de l'administrateur normal, prudent et diligent, lorsqu'il se trouve en possession d'une bâtisse, est non seulement de voir à sa conservation physique et matérielle mais aussi de voir à ce qu'elle soit convenablement assurée. Tout homme raisonnable connaît et est en mesure de peser, par la logique et par l'expérience de la vie, les risques d'incendie qui guettent un immeuble en toutes circonstances, et à plus forte raison un immeuble inoccupé et vacant.¹⁹⁴

Les tribunaux ont décidé à de nombreuses reprises que, dans le cas de perte des biens qu'une personne avait le devoir de conserver avec les soins d'un bon père de famille, cette personne n'était pas responsable si elle établissait que cette perte était survenue sans son fait, sans sa faute et sans sa contribution¹⁹⁵.

Dans les juridictions de common law, l'obligation du *receiver manager* est semblable à celle du fiduciaire. La Cour suprême du Canada a énoncé que le *receiver* doit administrer avec « ... such reasonable care, supervision and control as an ordinary man would give to the business were it is own¹⁹⁶. »

192. L. FARIBAULT, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, tome 7-bis.

193. *Id.* aux pp. 226 et 227.

194. *Supra*, note 191, à la page 7.

195. *Traders General Insurance Company c. Jobin*, [1956] B.R. 788. *Seigmann c. Choquette*, [1960] B.R. 335. *Young At Heart Inc. c. Latour*, [1970] C.A. 945.

196. *Plisson c. Duncan*, (1905) 36 R.C.S. 647, à la page 652.

Tout récemment, la Cour suprême d'Ontario a accordé des dommages punitifs contre un *receiver* et a résumé ses obligations comme suit :

Receivers and agents for secured creditors occupy a position of great importance requiring integrity of the highest order. Their duties should be carried out on a high professional plane. They should be very careful not to assume or be placed in positions of possible conflict of interest.¹⁹⁷

Ce jugement semble imposer au *receiver* une obligation plus forte que celle d'agir en bon père de famille et il est malheureux que le jugement ne soit pas publié intégralement, ce qui aurait pu nous indiquer pour quelle raison le juge a retenu un critère plus sévère.

La responsabilité du fiduciaire est cependant souvent limitée par les dispositions contenues à l'acte de fiducie, lequel prévoit généralement que le fiduciaire « n'encourra aucune responsabilité pour toute perte, dépense, dommage ou inconvenient qui pourront en résulter, sauf au cas de fraude de sa part ¹⁹⁸. »

Nos tribunaux se sont déjà prononcés sur la validité d'une telle stipulation de non responsabilité ¹⁹⁹ et elle permet au fiduciaire de se dégager de toute responsabilité, sauf dans le cas de faute lourde ou de négligence grossière ²⁰⁰.

Si la corporation débitrice a été constituée en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ²⁰¹, il est important de souligner que le devoir d'agir en bon père de famille est expressément stipulé à l'article 86 qui énonce ce qui suit :

Le fiduciaire remplit son mandat :

- a) avec intégrité et de bonne foi, au mieux des intérêts des détenteurs de titres de créance émis en vertu de l'acte de fiducie, et
- b) avec le soin, la diligence et la compétence d'un bon fiduciaire.

Il est de plus prévu à l'article 88 de cette Loi qu'il n'est pas possible de relever le fiduciaire de ses obligations, les clauses d'exonération de responsabilité généralement contenues à l'acte de fiducie n'ont donc aucune application dans ce cas.

Cependant, il faut noter que les dispositions relatives aux actes de fiducie contenues dans la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ne

197. *Cherry Processing & Packaging Equipment Limited v. Chrysler Canada Ltd.*, (1982) 42 C.B.R. n.s. 316.

198. *Supra*, note 63 à la p. 148.

199. *Fry c. Quebec Harbour Commissioners*, (1896) 5 B.R. 340.

200. *McColl Frontenac Oil Co. Ltd. c. Vézina*, [1949] B.R. 588. *Comellas c. Stanley Realty Corporation*, [1958] C.S. 716.

201. *Supra*, note 129.

s'appliquent qu'aux actes de fiducie prévoyant une émission d'obligations par voie de souscription publique²⁰², ce qui en restreint énormément la portée. Dans le cas des émissions privées, il faut se référer aux règles générales du droit de la province de Québec que nous avons vu précédemment.

4. La vente des biens

4.1. Introduction

La *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* confère au fiduciaire le pouvoir de vendre les biens de la corporation pour le bénéfice des obligataires. Tout comme pour le pouvoir d'administration, la Loi ne précise cependant aucunement de quelle façon la vente doit être effectuée.

Les dispositions du *Code civil* ayant trait au gage, au nantissement et à l'hypothèque ne sont pas d'un grand secours, car elles ne prévoient que la possibilité pour le créancier de faire vendre en justice (art. 1971 et 2056 C.C.).

Il faut donc encore une fois se référer à l'acte de fiducie, lequel prévoit généralement la façon dont le fiduciaire peut vendre les biens :

... par vente à l'encan ou par appel d'offre à telle époque et suivant telles modalités ou conditions qu'il déterminera, pourvu qu'il ait d'abord donné avis de la date, de l'heure et du lieu d'une telle vente de la façon qu'il jugera à propos. Si aucune offre n'est faite lors de la vente à l'encan ou en réponse à un appel d'offre, à un prix égal ou supérieur au prix minimum exigé par le Fiduciaire, celui-ci pourra procéder par vente de gré à gré sans autre avis.²⁰³

Dans plusieurs actes, les pouvoirs du fiduciaire sont encore plus grands, celui-ci pouvant vendre de gré à gré en tout temps sans avis. Bien entendu le fiduciaire peut aussi décider de passer outre à l'acte et de procéder par vente en justice dans les cas où il juge cette mesure plus avantageuse.

Ces pouvoirs très larges qui sont conférés au fiduciaire entraînent le risque d'abus et peuvent être préjudiciables aux obligataires, à la corporation ou aux tiers qui ont des droits dans ces biens.

4.2. Responsabilité vis-à-vis la corporation

La jurisprudence québécoise²⁰⁴, à l'instar des tribunaux de common law²⁰⁵, énonce que, lors de la disposition des actifs de la corporation, le

202. *Supra*, note 129, article 77 (2).

203. *Supra*, note 63 à la page 143.

204. *Supra*, note 183.

205. *Supra*, note 184.

fiduciaire agit comme mandataire des obligataires en ce sens qu'il doit tenter d'obtenir le meilleur prix possible pour les actifs de la corporation afin de rembourser les obligataires.

Son obligation vis-à-vis la corporation est minime puisqu'il est expressément exonéré par l'acte de fiducie de toute responsabilité, sauf au cas de fraude de sa part²⁰⁶. Au surplus, la règle du bon père de famille énoncée à l'article 1064 C.C. n'a pas d'application lors de la vente des biens puisque les actes du fiduciaire n'ont plus trait à la conservation des biens mais plutôt à leur disposition.

Il semble donc que les seuls cas où le fiduciaire peut être responsable sont les cas où il aura commis une faute entraînant sa responsabilité délictuelle suivant les principes généraux énoncés à l'article 1053 C.C. La corporation aura donc le fardeau de démontrer que le fiduciaire lui a causé un dommage par sa faute, son imprudence, sa négligence ou son inhabileté.

Si le fiduciaire doit être considéré comme le mandataire des obligataires lors de la disposition des biens, il est possible de lui appliquer les règles du mandat et de tenir les obligataires également responsables de la faute commise par le fiduciaire²⁰⁷. Il semble donc que dans la province de Québec, il est très difficile de tenir un fiduciaire responsable pour les actes commis dans la réalisation de la garantie constituée par l'acte de fiducie.

Un problème du même genre s'est posé dans le cas d'un nantissement commercial, dans l'affaire *Banque Nationale du Canada c. Durand*²⁰⁸. Dans cette affaire, la banque avait repris le bien nanti et l'avait vendu, sans suivre les formalités requises par le *Code civil*. Le débiteur plaida alors, qu'à cause de ces omissions, il n'avait pas été en mesure de veiller à la protection de ses intérêts et que le bien nanti avait été vendu à un prix dérisoire. Le juge, après avoir établi que les formalités requises par le *Code civil* étaient d'ordre public, en a conclu ce qui suit :

La demanderesse n'a pas suivi, pour la vente du bien nanti, les formalités exigées par la loi et, ce faisant, elle a pris le défendeur par surprise et elle doit donc l'indemniser des dommages qu'elle lui a causés.²⁰⁹

La banque avait donc commis une faute en ne suivant pas les formalités requises et le dommage subi représentait la différence entre la valeur du bien

206. *Supra*, note 63 à la page 148.

207. Article 1727 C.C.

208. [1981] C.S. 865.

209. *Id.* aux pages 867-868.

au moment de la vente et le prix obtenu. La faute de la banque n'était pas d'avoir obtenu un faible prix, mais de n'avoir pas suivi les formalités ²¹⁰.

Il semble donc que le fiduciaire doit à tout le moins suivre toutes les formalités requises par l'acte de fiducie pour la vente des biens afin d'éviter toute responsabilité.

4.3. L'avis de soixante jours

La *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* n'impose aucune condition préalable à la vente. Cependant, pour les immeubles, il y a lieu de se demander si les dispositions des articles 1040 a) et suivants du *Code civil* s'appliquent, car alors, le fiduciaire sera tenu de donner l'avis de soixante jours avant de procéder à la vente.

La question de la nécessité pour le fiduciaire de donner l'avis exigé par l'article 1040 a) du *Code civil* a été étudiée à de nombreuses reprises par les auteurs qui se sont prononcés ²¹¹ en faveur de l'obligation du fiduciaire de se conformer aux exigences de cet article avant de vendre les immeubles dont il avait pris possession.

Quant à la jurisprudence, elle est divisée. Deux décisions portant directement sur cette question concluent que le fiduciaire n'est pas tenu d'envoyer l'avis ²¹². Deux autres décisions portant encore directement sur cette question concluent que le fiduciaire est assujéti aux articles 1040 a) et suivants ²¹³.

Il est cependant important de noter que les deux premières décisions mentionnées précédemment ont été rendues à la suite de requête pour jugements déclaratoires qui n'ont pas été contestées par la corporation débitrice. Depuis lors, quatre autres décisions ont pris pour acquis que cet avis était requis sans fournir d'autres explications ²¹⁴, et il semble maintenant

210. Voir R. DEMERS, « Les obligations du créancier face à la PME en difficulté », (1981-82) 69 *F.P.G.Q.* 159, à la page 190, pour une interprétation différente du jugement.

211. L. PAYETTE, « Le fiduciaire pour obligataires et l'avis de soixante jours », (1972) 74 *R. du N.* 412. L. PAYETTE, « Incidence des articles 1040a et 2557 C.C. sur les garanties octroyées aux obligataires », (1979) 39 *R. du B.* 649, à la page 650. LAPOINTE, *supra*, note 69. SMITH & RENAUD, *supra*, note 17 aux pages 972 à 974.

212. *Raymond Normandeau c. Benoit Dumais Ltée*, (1972) 74 *R. du N.* 435. *Normandeau c. Auto Part Inc.*, [1971] C.S. 774.

213. *Rosario Morin Ltée c. Trust Général du Canada*, (1972) 74 *R. du N.* 429. *In Re : Gérard Nolin Ltée; Bellavance c. Banque Canadienne Nationale*, [1974] C.S. 641.

214. *Immeubles Patenaude Ltée c. Trust Général du Canada*, [1975] C.S. 983. *Snowlarks Ski School Inc. c. Mont Gabriel Lodge (1973) Inc.*, [1975] C.S. 790. *The Canada Trust Company c. Wash & Wax Ltd.*, [1978] C.S. 215. *Mercure Béliveau et Associés c. Gaz Métropolitain Inc.*, *supra*, note 67 à la page 480.

certain, compte tenu du poids des auteurs et de la jurisprudence, que le fiduciaire est assujéti aux dispositions de l'article 1040 a) C.C.

L'article 1040 a) C.C. énonce trois critères pour son application. Il faut un « contrat consenti pour la garantie d'une obligation » ; or, l'article 27 de la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* mentionne précisément que l'hypothèque, le nantissement et le gage peuvent être consentis par une corporation pour garantir le paiement des obligations qu'elle émet. Il faut aussi « un créancier » ; or, l'article 28 de la Loi mentionne que ces garanties sont constituées en faveur du fiduciaire et il a déjà été reconnu par nos tribunaux comme étant un créancier²¹⁵. Il faut finalement qu'il « exerce le droit de disposer d'un immeuble » ; or, l'article 30 de la Loi confère expressément au fiduciaire le pouvoir de vendre les biens affectés à sa garantie²¹⁶. Le fiduciaire respecte donc tous les critères d'application de l'article 1040 a) C.C. et il y est assujéti.

Cependant, ceci a également pour effet d'assujéti le fiduciaire aux dispositions de l'article 1040 b) C.C. qui énonce que le débiteur, ou tout autre intéressé, peut empêcher l'exercice du droit de disposer de l'immeuble en remédiant à l'omission ou contravention mentionnée dans l'avis. Par conséquent, le fiduciaire doit apporter une attention toute particulière à la rédaction de l'avis de soixante jours afin que les contraventions soient suffisamment onéreuses pour qu'il n'y soit pas remédié par un tiers. Autrement le fiduciaire pourrait être empêché de vendre l'immeuble, bien qu'il conserve son droit à la possession. Dans de nombreux actes de fiducie, l'obligation est payable sur demande et la survenance d'un cas de défaut permet au fiduciaire de demander le paiement complet des sommes dues en vertu de l'obligation : le défaut à remédier, tel que mentionné à l'avis de soixante jours, sera alors le paiement complet des sommes dues au fiduciaire.

Ceci semblerait protéger suffisamment le fiduciaire, mais il est à noter que certains auteurs et certaines décisions de nos tribunaux²¹⁷ expriment l'opinion que l'article 1040 b) C.C. peut, en certaines circonstances, faire échec à la clause de déchéance du terme. Bien qu'il semble évident que le législateur ait toujours eu l'intention de permettre au fiduciaire de disposer des biens assujéti à sa garantie comme un tout, il faut reconnaître que les dispositions des articles 1040 a) et 1040 b) C.C., telles qu'elles se lisent actuellement, peuvent avoir pour effet d'empêcher le fiduciaire de vendre les immeubles même s'il peut continuer d'en avoir la possession, de les

215. *La Cité des Trois-Rivières c. The Sun Trust Company*, (1923) 34 B.R. 351.

216. PAYETTE, *supra*, note 211 aux pages 417 ss.

217. PAYETTE, *supra*, note 222 aux pages 426 à 428. LAPOINTE, *supra*, note 69 à la page 232. *Immeubles Patenaude Ltée c. Trust Général du Canada*, *supra* note 214.

administrer et cela même s'il peut vendre les meubles. Cette situation pourra, dans certains cas, créer des difficultés, mais il n'est pas possible de passer outre aux dispositions du *Code civil* telles qu'elles sont rédigées actuellement.

Une fois le délai de soixante jours expiré, si le défaut n'a pas été remédié, le fiduciaire peut procéder à la vente des biens de la corporation de deux façons : soit par vente en justice, soit par vente de gré à gré, avec ou sans soumissions, selon les dispositions contenues à l'acte de fiducie.

4.4. La vente en justice

Nous avons vu précédemment que la garantie consentie par une corporation en vertu de la Loi ne consiste qu'en une hypothèque, un nantissement et un gage et ne constitue pas un transfert du droit de propriété des biens en faveur du fiduciaire²¹⁸. Ceci a pour effet de permettre à la corporation de consentir d'autres garanties sur les mêmes biens, tant qu'elle n'est pas en défaut aux termes de l'acte de fiducie, et que le fiduciaire n'a pas pris possession des biens.

Lorsque le fiduciaire exerce ses droits après le défaut de la corporation, il prend possession des biens dans l'état où ils sont à ce moment, avec toutes les charges et privilèges qui peuvent les grever. Lorsque ces charges sont assez nombreuses et importantes, le fiduciaire peut avoir avantage à procéder à la disposition des biens par vente en justice, car une telle procédure a pour effet de purger tous les droits réels sur les biens²¹⁹.

Les formalités requises pour procéder à la vente en justice sont cependant encombrantes pour le fiduciaire. Puisqu'elles font partie du Titre Deuxième du *Code de procédure civile* qui a trait à l'exécution forcée des jugements, elles impliquent la nécessité, pour le fiduciaire, d'intenter une action en justice contre la corporation débitrice, d'obtenir jugement et de saisir les biens avant de pouvoir procéder à leur vente.

Cependant, même si la vente en justice a pour effet d'éteindre les charges grevant les biens vendus, le fiduciaire n'en reçoit pas pour autant le plein produit de la vente, car il sera colloqué suivant le rang de sa créance²²⁰.

4.4.1. La vente des immeubles

Quant aux immeubles, le fiduciaire détient une hypothèque et un nantissement. Cependant, le nantissement des immeubles ne confère aucun

218. Voir chapitre 1 du texte.

219. Article 604 C.P.C. *in fine* pour les meubles. Article 696 C.P.C. pour les immeubles.

220. Articles 613 et ss C.P.C. pour les meubles. Articles 711 et ss C.P.C. pour les immeubles.

rang privilégié, son seul attribut consistant en un droit de rétention sur le bien²²¹. Sur le produit de la vente, le fiduciaire a donc les droits d'un créancier hypothécaire et la priorité de son hypothèque sera établie suivant la date d'enregistrement de l'acte de fiducie ou de l'avis prévu à l'article 2120 a) du *Code civil* dans le cas d'hypothèque sur les biens immobiliers futurs²²².

Si le rang du fiduciaire, par rapport à d'autres créanciers hypothécaires, peut être facilement établi en fonction des dates d'enregistrement, le problème est différent lorsqu'il s'agit des privilèges enregistrés sur les immeubles.

En effet, « le privilège est le droit qu'a un créancier d'être préféré à d'autres créanciers suivant la cause de sa créance... »²²³; les privilèges résultent donc de la loi et quant aux immeubles, leur ordre de préférence est énoncé à l'article 2009 C.C. Malgré que le *Code civil* exige l'enregistrement de la plupart des privilèges immobiliers pour que le privilège soit valide, il est néanmoins reconnu dans notre droit, comme dans le droit français, que les privilèges priment toujours les hypothèques dans un ordre de collocation, nonobstant leur date d'enregistrement²²⁴. Par conséquent, puisque le fiduciaire ne détient qu'une hypothèque sur les biens immobiliers de la corporation, les créanciers de celle-ci qui détiennent un privilège immobilier prendront rang avant le fiduciaire dans la distribution du produit de disposition de ces biens.

Il existe deux exceptions à cette règle, soit le privilège du vendeur impayé, lequel ne prend effet qu'à compter de la date de la vente en autant qu'elle soit enregistrée dans les trente jours (art. 2100 C.C.), et le privilège de la Couronne, lequel en vertu de l'article 1989 du *Code civil* ne prend rang avant celui du vendeur et du créancier hypothécaire que s'il a été enregistré antérieurement.

Il est également important de souligner que la vente en justice n'a pas pour effet de mettre fin au bail enregistré sur l'immeuble²²⁵, et cette situation a d'ailleurs été reconnue par nos tribunaux dans le cas de vente par le fiduciaire²²⁶.

221. Voir sous-section 2.4.1 du texte.

222. Voir section 1.1 du texte.

223. Article 1983 C.C.

224. MARLER, *supra*, note 162 à la page 376. *Re St-Lawrence Investment and Trust Co., Sun Life Assurance Company of Canada c. Brown*, (1937) 63 B.R. 546 à la page 556. *Supertest Petroleum Corporation Ltd. c. Jacques-Cartier Automobiles Inc.*, [1963] B.R. 336. *Moidel c. Ville de Montréal*, [1974] C.A. 44.

225. Articles 696(1) C.P.C. et 1646 C.C.

226. *Snowlarks Ski School Inc. c. Mont-Gabriel Lodge (1973) Inc.*, *supra*, note 214.

4.4.2. La vente des meubles

À l'égard des meubles, le fiduciaire détient un gage et un nantissement qui donnent, au fiduciaire, « ... un privilège sur les meubles présents et futurs prenant rang immédiatement après les autres privilèges sur les meubles énumérés aux articles 1994, 1994a, 1994b et 1994c du Code civil ²²⁷. » Sur le produit de la vente, le fiduciaire prend donc rang après tous les créanciers privilégiés du *Code civil* qui ont fait une opposition à fin de conserver conformément aux dispositions du *Code de procédure civile* ²²⁸.

En ce qui concerne les privilèges sur les biens mobiliers énoncés au *Code civil*, il est important de souligner que la plupart d'entre eux ne portent pas sur l'ensemble des biens de la corporation débitrice, mais seulement sur certains biens spécifiques ²²⁹. Ainsi, le privilège du vendeur ne porte que sur les biens vendus (article 1998 C.C.), celui du créancier gagiste ne porte que sur les biens donnés en gage (article 1969 C.C.) et celui du locateur ne porte que sur les biens se trouvant sur les lieux loués (articles 1638-9 C.C.).

Il y a également le cas particulier du ministère du Revenu. En effet, l'article 12 de la *Loi du ministère du Revenu* ²³⁰ énonçait que toutes sommes dues à sa Majesté constituait une dette privilégiée prenant rang immédiatement après les frais de justice, de sorte que ce privilège était prioritaire à celui du fiduciaire, ce qui a d'ailleurs été confirmé dans l'affaire *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Total Rental Equipment Inc.* ²³¹. Cependant, l'article 12 de la *Loi sur le ministère du Revenu* ²³² a été modifié et parle maintenant d'une dette comportant hypothèque légale, privilégiée. Si l'interprétation de cette modification est à l'effet qu'il s'agit d'une hypothèque uniquement, alors elle ne peut porter sur les meubles puisque le *Code civil* énonce à l'article 2022 que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. La question est donc présentement fort controversée et nul doute qu'elle fera l'objet d'une décision des tribunaux ²³³. On peut aussi présumer que si la décision des tribunaux est défavorable au ministère du Revenu, celui-ci modifiera à nouveau l'article 12 pour rétablir son privilège sur les biens meubles.

La vente en justice par le fiduciaire permet donc de conférer à l'acquéreur un titre de propriété, libre de la plupart des charges pouvant

227. *Supra*, note 1 article 29.

228. Articles 604 et 613 C.P.C.

229. Article 1994 C.C. dernier alinéa.

230. 1972 L.Q. chap. 22.

231. *Supra*, note 155.

232. *Supra*, note 157.

233. PAYETTE, *supra*, note 142 à la page 339.

grever les biens de la corporation débitrice. Cependant, le procédé de la vente en justice n'apportera souvent pas au fiduciaire le meilleur prix possible et c'est pourquoi la vente de gré à gré est plus fréquemment utilisée.

4.5. La vente de gré à gré

Bien que les formalités requises pour la vente des biens de gré à gré soient généralement restreintes au strict minimum par l'acte de fiducie, le fiduciaire doit, malgré tout, faire face à certaines contraintes.

4.5.1. Le délai dans le transfert de la propriété

La première difficulté découle du fait que la corporation débitrice demeure toujours propriétaire de ses biens jusqu'à ce qu'ils soient vendus par le fiduciaire. Pour les biens meubles, cette contrainte n'est pas grave car le fiduciaire est en possession des biens et la possession vaut titre²³⁴. Mais à l'égard des immeubles, cette situation est beaucoup plus sérieuse car rien n'empêche un créancier qui y a droit, d'enregistrer un privilège sur les immeubles de la corporation après la prise de possession par le fiduciaire, mais avant la vente de l'immeuble.

Ce problème a d'ailleurs été soulevé devant nos tribunaux dans l'affaire *Les industries E. Savoie Inc. c. Sous-ministre du Revenu*²³⁵. Dans cette affaire, la corporation débitrice avait consenti en 1974 un acte de fiducie en faveur du Trust Général du Canada à titre de fiduciaire ; en avril 1976, le fiduciaire prit possession des actifs de la corporation et procéda à l'enregistrement d'un avis de soixante jours pour les immeubles. En octobre 1976, le fiduciaire acceptait une offre d'achat pour lesdits immeubles, mais l'acte de vente ne fut signé et enregistré qu'en février 1977 ; or, entre ces deux dates, le Ministère du revenu du Québecregistra un privilège sur l'immeuble en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le ministère du revenu*, pour les impôts dus par la corporation débitrice.

Puisqu'au moment de l'enregistrement dudit privilège la vente n'était pas enregistrée, elle n'était pas opposable au ministre du Revenu qui était un tiers et son privilège fut déclaré valide contre l'immeuble dont la corporation débitrice apparaissait encore comme propriétaire enregistrée à cette date, et ce, malgré la prise de possession du fiduciaire.

234. Article 2268 C.C.

235. *Supra*, note 180.

4.5.2. Les autres charges sur les biens

La seconde difficulté découle du fait que les biens vendus peuvent être grevés de charges. Quant aux immeubles, les droits des autres créanciers garantis sont protégés par l'enregistrement de leur garantie ; en effet, lors d'une vente de gré à gré, l'acte de fiducie prévoit généralement que le fiduciaire est constitué mandataire de la corporation aux fins de consentir tout contrat de vente²³⁶ : cette disposition a pour but de donner au fiduciaire la qualité requise pour transférer la propriété de la corporation, mais elle a aussi pour effet que le fiduciaire ne peut consentir à l'acquéreur un meilleur titre que celui détenu par la corporation. La vente de gré à gré sera donc effectuée à charge des droits réels enregistrés sur l'immeuble²³⁷ ou à charge par le fiduciaire de les acquitter. D'une façon ou de l'autre, le créancier enregistré est adéquatement protégé.

Le problème est cependant beaucoup plus sérieux en ce qui concerne les biens mobiliers à cause du système d'enregistrement inadéquat pour le gage et le nantissement des biens meubles consenti par acte de fiducie²³⁸, ainsi que de l'absence totale d'enregistrement pour les privilèges mobiliers du *Code civil*, exception faite des nantissements agricole, forestier et commercial.

Les auteurs et la jurisprudence québécoise²³⁹ reconnaissent que le fiduciaire qui vend les biens de la corporation doit payer les créances privilégiées prioritaires à la sienne avant de remettre le reliquat aux obligataires. Cette obligation découle du texte de l'article 1977 C.C. et elle est bien résumée par le juge Panneton dans l'affaire *Hanley Clarke Lumber Co. Ltd. c. City of Montreal*²⁴⁰ comme suit :

... it is provided that the respondent had the right to sell the property in question for the benefit of the bond-holders. But under article 1977 c.c. the rights of creditors in the thing pledged to him are subject to those of third party upon it according to the provisions contained in the title of privileges and hypothecs. This disposition of our law applies to all pledges and applies to respondent's claim. Under article 1994 c.c. municipal taxes are privileged before respondent's rights and therefore out of the price of sale of said property respondent was bound to pay the petitioner its claim.²⁴¹

Vu l'inexistence d'un régime de publicité adéquat pour les privilèges mobiliers, il peut arriver que le fiduciaire fasse remise du produit de la vente

236. *Supra*, note 63 à la page 144.

237. *Supra*, note 147 à la page 211.

238. SMITH & RENAUD, *supra*, note 17 à la page 1015.

239. SMITH & RENAUD, *supra*, note 17 aux pages 1013 et 1014. *Darveau c. Damours*, *supra*, note 32 à la page 454.

240. (1929) 35 R. de J. 90.

241. *Id.* à la page 94.

aux obligataires sans payer un créancier privilégié prioritaire. C'est justement ce qui s'est produit dans *Pagé c. Montréal Trust*²⁴².

Dans cette affaire, le fiduciaire a pris possession des biens de la corporation débitrice, lesquels étaient situés dans des lieux loués du demandeur Pagé. Le fiduciaire a vendu les biens par soumission le 22 septembre 1978 et le produit de la vente fut remis à l'obligataire le 20 octobre 1978. Lors de la prise de possession, le loyer de septembre était payé et le locateur a réclamé au fiduciaire six mois de loyer comme étant privilégié en s'appuyant sur l'article 2005 C.C. Cependant, cette réclamation n'a été faite que verbalement avant la vente au cours d'une conversation téléphonique entre le procureur du locateur et l'agent du fiduciaire. En fait, ce n'est que le 30 octobre 1978, soit un mois après la vente, que le locateur a fait parvenir au fiduciaire une réclamation écrite. Suite au refus de payer du fiduciaire, le locateur a poursuivi le fiduciaire et l'obligataire en remboursement de cette somme. Le fiduciaire contesta en soulignant que le privilège du locateur s'était éteint faute d'avoir saisi les biens avant la vente ou dans les 15 jours de leur enlèvement, suivant les dispositions énoncées à l'article 1640 C.C.

Le juge n'a pas retenu les prétentions du fiduciaire et l'a condamné à payer au locateur la somme réclamée en énonçant ce qui suit :

Comme la loi fait une obligation au fiduciaire de respecter les privilèges antérieurs au sien dans l'exercice de ses pouvoirs, nous ne voyons pas pourquoi les créanciers garantis devraient prendre des saisies entre ses mains. Dès qu'il a connaissance de tels privilèges, il doit d'office les respecter...

... La connaissance de l'existence du bail par les comptables du fiduciaire et les dispositions de l'article 2005 C.C. établissaient sans discussion les droits du demandeur et le fiduciaire devait les respecter.²⁴³

Cette décision semble imposer un fardeau énorme sur les épaules du fiduciaire qui doit alors agir comme juge et arbitre pour déterminer la validité et le montant de toutes les réclamations privilégiées possibles, ainsi que les acquitter même si en fait, aucune réclamation ne lui a été faite.

Le même raisonnement a été repris dans l'affaire *Marois c. Alimentation B.M.R. Inc.*²⁴⁴ où une réclamation a été intentée par des ouvriers qui avaient été mis à pied lors d'une prise de possession. Les ouvriers réclamaient l'indemnité de départ et les autres avantages prévus dans la convention collective comme privilégiés en vertu des articles 1994(9) et 2006 C.C. Dans cette affaire, la réclamation a été faite plusieurs mois après la vente des biens

242. [1981] C.S. 217, jugement sur le fond; voir également le jugement du juge Tôth sur la requête pour irrecevabilité, C.S. St-François n° 450-05-000203-79, 10 septembre 1979.

243. *Id.* aux pages 218-219.

par le fiduciaire et rien n'indique dans le jugement que les ouvriers aient même avisé le fiduciaire de leur créance avant la vente. Malgré que le fiduciaire n'ait même pas été avisé de cette réclamation, il fut condamné à la payer, le juge énonçant ce qui suit à propos du principe à l'effet que le fiduciaire doit payer les créanciers qui lui sont privilégiés :

Attendu que cette exigence est impérative pour la protection des tiers détenant des privilèges qui n'auraient pas connaissance de la vente, puisqu'elle peut se faire sans avis préalable, et qui se verraient ainsi priver de leurs droits.²⁴⁵

Si un tel principe doit être appliqué dans toutes les ventes de gré à gré effectuées par un fiduciaire, celui-ci se verra pratiquement forcé de mettre en dépôt une somme à titre de provision pour réclamation éventuelle par un créancier privilégié et ce dépôt devra, à la limite, être conservé pendant trente ans jusqu'à l'extinction par prescription de toutes les réclamations possibles. Une telle situation nous semble hautement indésirable et n'a certainement jamais été envisagée par le législateur lorsqu'il a adopté la Loi. En effet, le pouvoir de vendre de gré à gré a été accordé au fiduciaire pour faciliter le remboursement des obligations et ces deux décisions récentes ont exactement pour résultat la situation inverse.

Ce principe est d'autant plus surprenant dans l'affaire *Marois* que les ouvriers ont été avisés de la prise de possession le 21 décembre 1979 et que la réalisation par le fiduciaire a duré jusqu'au 20 février 1980. Les ouvriers ont donc bénéficié d'un délai de deux mois pour présenter leur réclamation au fiduciaire, ce qu'ils n'ont pas fait, et il nous semble qu'ils ne devraient pas pouvoir se plaindre d'avoir été pris par surprise dans un tel cas.

Imposer dans tous les cas au fiduciaire l'obligation de payer les créanciers qui lui sont privilégiés même si ces derniers n'ont pas présenté de réclamation avant la vente des biens, c'est imposer une obligation que la loi n'impose pas au fiduciaire, c'est sanctionner l'incurie et la négligence du créancier qui n'a pas agi avec célérité pour protéger ses droits et c'est lui accorder des droits que la loi ne lui confère pas.

En effet, lors d'une vente en justice, le créancier qui a un privilège sur les biens doit produire une opposition à fin de conserver, laquelle doit être signifiée au plus tard le dixième jour après la vente (art. 604 C.P.C.). Il a déjà été décidé²⁴⁶ que ce délai est de rigueur et qu'une opposition tardive sera rejetée. Nous voyons donc que lors d'une vente en justice, le créancier privilégié qui n'agit pas avec célérité perd son droit d'être préféré sur le prix

244. (1982) 41 C.B.R. n.s. 45.

245. *Id.* à la page 52.

246. *Desjardins c. Émond*, [1978] C.P. 176.

de vente. Dans le cas d'une vente par un fiduciaire, il devrait en être de même et l'argument du juge dans l'affaire *Marois*, lorsqu'il traite de vente sans avis, n'est pas très concluant car ceci n'est pas la pratique habituelle. En effet, la vente par le fiduciaire est généralement faite suite à une demande de soumissions publiée dans les journaux; cette pratique accorde donc à la vente par le fiduciaire autant de publicité que pour une vente en justice (art. 594 C.P.C.).

D'ailleurs, dans l'affaire *Hanley Clarke*²⁴⁷ où le principe général du respect des droits des créanciers privilégiés a été énoncé, il est important de souligner que la réclamation de la ville pour taxes avait été dûment déposée auprès du fiduciaire un mois avant la vente et que le compte était même conforme aux règles de preuve énoncées au *Code civil*. Nous sommes donc bien loin d'un simple avis verbal par le procureur du locateur sans indication des montants comme dans l'affaire *Pagé*²⁴⁸ ou de l'inexistence d'avis comme dans l'affaire *Marois*²⁴⁹. Il nous semble que le créancier privilégié doit, à tout le moins, faire parvenir au fiduciaire une réclamation écrite indiquant la somme qu'il réclame comme privilège, et ce, avant la vente. Dans le cas de vente en justice, cette réclamation doit être appuyée d'un affidavit (art. 598 C.P.C.) et il en est de même lorsqu'un créancier garanti réclame des biens au syndic à la faillite (art. 59(1) L.F.); le fiduciaire devrait avoir droit au moins à une réclamation écrite lui permettant d'établir la validité de cette réclamation et le montant à payer.

Enfin, si le créancier n'a pas agi avec célérité et n'a pas produit de réclamation au fiduciaire avant la vente, son droit de préférence s'éteint dès lors. En effet, les privilèges mobiliers n'ont pas de suite, sauf le cas particulier et limité du locateur (art. 1640 C.C.) et ce privilège s'éteint donc lorsque le bien affecté sort du patrimoine du débiteur. Demers enseigne que « le privilège ne subsiste pas sur le prix de la chose »²⁵⁰, et il se réfère à une décision rendue dans *Lanthier c. Avard Denis Ltée*²⁵¹ où il a été décidé que le privilège n'existe pas sur le prix du bien si la vente s'est faite à l'amiable; il ne peut être réclamé que dans les ventes en justice. Sur ce point, le juge Demers énonce que :

Notre Code aux articles 2000, 2001 et 2005 traite du droit de préférence sur le prix, et il est indubitable qu'il ne vise que la vente judiciaire de la chose,

247. *Supra*, note 240.

248. *Supra*, note 242.

249. *Supra*, note 244.

250. C. DEMERS, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1950, tome 14, p. 69.

251. (1920) 58 C.S. 463.

c'est-à-dire, la saisie de la chose même et non la saisie-arrêt du prix. La seule raison c'est que main de justice ne dessaisit personne.²⁵²

Ce principe avait également été énoncé auparavant dans l'affaire *Morin c. Guertin*²⁵³ et nous semble beaucoup plus adapté à la vente de gré à gré par un fiduciaire que celui énoncé dans l'affaire *Marois*²⁵⁴.

Bien sûr, si le fiduciaire tente de vendre les biens sans suivre les formalités énoncées à l'acte de fiducie ou sans aucune publicité ou sans délai afin d'éviter de payer les créanciers privilégiés, ceux-ci auront un recours contre lui, non pas parce que leur privilège porte sur le prix de la vente, mais parce que le fiduciaire aura commis une faute entraînant sa responsabilité délictuelle vis-à-vis ces créanciers.

4.5.3. La faillite de la corporation

Une autre difficulté qui se soulève dans la vente des biens est celle de la faillite de la corporation débitrice. Ceci peut affecter les biens meubles comme les biens immeubles, tel qu'il appert de deux décisions récentes de la Cour supérieure²⁵⁵. Le problème découle du fait que certains créanciers qui ont un privilège en vertu des lois provinciales, comme le ministre du Revenu²⁵⁶ et le locateur (arts. 1637 ss C.C.), voient leur privilège diminué de rang par les dispositions de l'article 107 de la *Loi sur la faillite*²⁵⁷.

Ainsi, dans l'affaire *Trust National*²⁵⁸, les faits étaient les suivants : aux termes d'un acte de fiducie intervenu en 1978, la corporation débitrice avait hypothéqué ses immeubles en faveur du fiduciaire. Suite au défaut de la corporation, le fiduciaire prit possession le 24 juin 1979 et la corporation fit faillite le 31 octobre 1979. Le 12 novembre 1979, le ministère du Revenu enregistra son privilège sur les immeubles de la corporation en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le ministère du Revenu*, soit après la faillite de la corporation, mais avant la vente des immeubles par le fiduciaire. Le syndic à la faillite avisa le fiduciaire qu'il renonçait à ses droits dans les immeubles et

252. *Id.* à la page 466. Il faut noter que dans cette affaire, le juge Panneton soulève l'opinion contraire mais sans trancher la question.

253. (1896) 9 C.S. 65.

254. *Supra*, note 244.

255. *Compagnie du Trust National Ltée c. Procureur Général du Québec*, C.S. St-François n° 450-05-000343-80, le 2 décembre 1980. *Serabec Ltée c. Place Desjardins Inc.*, CSM n° 500-11-001911-805, 15 mars 1982.

256. *Supra*, note 157, art. 12.

257. S.R.C. 1970, chap. B-3.

258. *Supra*, note 255.

subséquentement, le fiduciaire présenta une requête en radiation de l'enregistrement du privilège du ministère du Revenu pour le motif que, après la faillite, le ministère du Revenu avait perdu sa qualité de créancier garanti et n'était plus qu'un créancier privilégié selon les dispositions de l'article 107 de la *Loi sur la faillite*.

Le juge Gervais a décidé, dans cette affaire, que, malgré la prise de possession par le fiduciaire, la corporation débitrice était demeurée propriétaire de ses biens, lesquels avaient donc été dévolus au syndic au moment de sa faillite.

Par conséquent, il conclut que les dispositions de la *Loi sur la faillite* s'appliquaient en l'espèce en s'appuyant sur le jugement rendu récemment par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Re Bourgault : Sous-ministre du Revenu du Québec c. Rainville*²⁵⁹, ainsi qu'un jugement de la Cour supérieure dans l'affaire *Re Reed : Franco c. Sous-ministre du Revenu du Québec*²⁶⁰, pour décider que le ministre du Revenu n'était pas un créancier garanti au sens de la *Loi sur la faillite* et a ordonné la radiation de son privilège. Une décision semblable a été rendue dans l'affaire *Serabec Ltée*²⁶¹ où le locateur prétendait que son privilège pour les loyers dus devait primer celui résultant de l'acte de fiducie. Dans cette affaire, l'obligataire a mis la corporation en faillite et s'est fait racheter sa garantie par le syndic qui a alors présenté une requête pour faire déterminer les droits du locateur. À cause de la faillite de la corporation débitrice, il fut décidé que le locateur avait perdu le rang privilégié prévu au *Code civil*. Ces deux décisions auront certainement pour effet d'inciter un fiduciaire qui a pris possession à tenter de forcer la faillite de la corporation afin de pouvoir se débarrasser de certains créanciers garantis gênants. Bien qu'un tel procédé soit indésirable, il semble que cette façon de procéder soit admise dans notre droit²⁶².

Cependant, la première décision nous semble erronée. En effet, bien que la décision de la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Rainville*²⁶³ semble incontestable, il n'en demeure pas moins que la requête en radiation d'enregistrement a été présentée par le syndic à la faillite, devant le tribunal de faillite et dans le cadre de la *Loi sur la faillite*. Or, tel n'est pas le cas dans l'affaire *Compagnie du Trust National*²⁶⁴, puisque la requête a été présentée par le fiduciaire et devant la Cour supérieure.

259. (1980) 33 C.B.R. n.s. 301.

260. (1981) 35 C.B.R. n.s. 149.

261. *Supra*, note 255.

262. R. DEMERS, *supra*, note 210. *Sérabec Ltée c. Place Desjardins Inc.*, *supra*, note 255 à la page 23 du jugement.

263. *Supra*, note 259.

264. *Supra*, note 255.

S'il est vrai que lorsqu'une corporation hypothèque et nantit ses biens en garantie par acte de fiducie, elle en demeure propriétaire et que cette propriété est dévolue au syndic au moment de la faillite, il faut cependant faire une distinction lorsque le fiduciaire a pris possession des biens en exécution de ses garanties. Il a été décidé à de nombreuses reprises que le syndic à la faillite de la corporation débitrice ne pouvait contester ou enlever la possession des biens au fiduciaire qui en avait pris possession antérieurement en vertu de son acte de fiducie²⁶⁵. Sur cette question, monsieur le juge Brossard, dans une décision non rapportée de la Cour d'appel, énonce ce qui suit :

De ce qui précède s'infère nettement la conclusion qu'antérieurement à la mise en faillite de la compagnie celle-ci avait perdu la saisine des biens cédés et hypothéqués en vertu de l'acte de fiducie, que le droit de disposer de ces biens et le droit à leur possession ne faisaient plus partie de son patrimoine et n'étaient par conséquent pas entrés dans le patrimoine dont le syndic fut saisi...²⁶⁶

Par conséquent, bien que la propriété des biens de la corporation débitrice lui ait été transmise, le syndic n'a aucun droit d'administration ou de disposition des biens dont le fiduciaire a pris possession ; il n'a que le droit d'obtenir une reddition de compte et le reliquat des sommes perçues par le fiduciaire après paiement complet de sa créance, s'il en est. Il n'a donc pas la saisine des biens et il est difficile de concevoir comment un créancier garanti pourrait se servir des dispositions de l'article 107 de la *Loi sur la faillite* afin de faire disparaître le privilège du ministère du Revenu ou celui du locateur. En effet, cet article énonce un plan de répartition des montants réalisés provenant des biens du failli et il est logique d'en conclure que la distribution ne peut être faite par d'autres que le syndic.

D'ailleurs, cet article est situé dans la Partie V de la *Loi sur la faillite* intitulée « de l'administration des actifs » et il s'agit évidemment de l'administration du syndic. Houlden & Morawetz interprètent l'article 107 comme suit :

... [it] makes provision for the order of priority of the claims of the persons named therein, in the distribution of the property of the debtor. It is confined to those assets which come into the trustee's hand free from any encumbrances and are available for distribution among the unsecured creditors.²⁶⁷

Il s'agit donc des biens dont le syndic a la saisine et qui sont libres de toutes charges.

265. *Supra*, note 187.

266. *Supra*, note 187 aux pages 13 et 14 du jugement.

267. *Bankruptcy Law of Canada*, Toronto, The Carswell Company Limited, 1960 à la page 216-217 ainsi que *Current Service*, 1979, pp. 5-37 ss.

De plus, cet article prévoit expressément que la distribution des biens est faite sous réserve des droits des créanciers garantis, et le fiduciaire est un créancier garanti qui a droit d'être payé en entier de sa créance à même les biens en sa possession avant que le syndic ne puisse effectuer une distribution quelconque²⁶⁸.

Si le fiduciaire vend lui-même les biens en sa possession pour réaliser sa garantie, cette vente n'est pas faite dans le cadre de la *Loi sur la faillite* qui énonce ce qui suit à l'article 49(2) :

... un créancier garanti peut réaliser sa garantie ou autrement en disposer de la même manière qu'il aurait eu droit de la réaliser ou d'en disposer si le présent article n'eût pas été adopté, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement.

Si un fiduciaire peut, en tant que créancier garanti, réaliser sa garantie sans se soucier des dispositions de la *Loi sur la faillite* et, qu'au surplus, il a la saisine de ces biens, il est difficile d'admettre que ce même créancier garanti puisse, dans le cadre de la réalisation de sa garantie, utiliser les dispositions de la *Loi sur la faillite* pour éliminer un autre créancier.

Par conséquent, l'article 107 ne peut affecter la garantie du ministère du Revenu du Québec ou du locateur dans un tel cas. C'est d'ailleurs ce qui a été décidé par la Cour supérieure dans l'affaire *Supertest Petroleum Corporation*²⁶⁹ où il s'agissait d'une vente en justice d'un immeuble par le créancier hypothécaire d'une débitrice en faillite et sur lequel le ministère du Revenu du Québec avait enregistré son privilège. Le créancier hypothécaire avait justement plaidé qu'en vertu de l'article 95 de la *Loi sur la faillite*²⁷⁰ (maintenant 107), le ministère du Revenu n'était pas un créancier garanti. Le juge Hedge avait alors décidé que, puisque la vente avait eu lieu par shérif, ce sont les dispositions du *Code civil* et du *Code de procédure civile* qui s'appliquaient et non celles de la *Loi sur la faillite*. Il conclut également que l'article 95 ne vise que les deniers perçus et obtenus par le syndic et que, dans l'occurrence, les deniers ayant été perçus par le shérif et non par le syndic, l'article 95 n'avait aucune application.

Il nous semble que ce raisonnement devrait avoir application dans le cas de vente par le fiduciaire qui est, lui aussi, créancier hypothécaire.

268. *Re Rosenberg, Zeller & Rosenberg*, (1949) 29 C.B.R. 103 et plus particulièrement la page 104 où le juge mentionne que « the trustee is entitled to distribute only assets of the estate among the unsecured creditors, and the assets are determined after the encumbrances are paid ».

269. *Supertest Petroleum Corporation Ltd. c. Jacques-Cartier Automobiles Inc.*, [1960] C.S. 329, confirmé en appel *supra*, note 224. Il est à remarquer que le jugement de la Cour d'appel ne fait presque pas allusion à la question de l'article 95 de la *Loi de faillite*, sauf pour dire que cet article n'a aucune application dans le présent cas.

270. S.R.C. 1952, chap. 14.

La faillite ne devrait pas permettre au fiduciaire de bonifier sa garantie, surtout lorsque l'administration et la vente des biens sont effectuées en dehors du cadre de la *Loi sur la faillite*. Il en est autrement dans l'affaire *Serabec Ltée*²⁷¹, car le fiduciaire ou l'obligataire en renonçant en partie à leur garantie et en donnant mainlevée de l'acte de fiducie moyennant un paiement partiel de leur créance par le syndic ont accepté de se plier aux exigences de la *Loi sur la faillite*. La requête a donc été présentée par le syndic, demandant le remboursement d'argent au syndic pour que celui-ci le distribue selon l'ordre de distribution prévu par la *Loi sur la faillite*.

4.5.4. Les travailleurs syndiqués

La vente de gré à gré soulève un dernier problème pour le fiduciaire lorsqu'il vend toute l'entreprise « as a going concern » et que la corporation débitrice est liée par une convention collective avec ses employés.

En effet, l'article 45 du *Code du travail*²⁷² énonce ce qui suit :

L'aliénation ou la concession totale ou partielle d'une entreprise autrement que par vente en justice n'invalide aucune accréditation accordée en vertu du présent code, aucune convention collective, ni aucune procédure en vue de l'obtention d'une accréditation ou de la conclusion ou de l'exécution d'une convention collective.

Nos tribunaux ont déjà reconnu que lorsque le fiduciaire prend possession et exploite le commerce de la corporation, il y a aliénation d'entreprise au sens du *Code du travail* et qu'il y a également aliénation d'entreprise lorsque le fiduciaire vend le commerce après l'avoir exploité un certain temps²⁷³. Il a également été reconnu que la vente par le fiduciaire ne constitue pas une vente en justice au sens de l'article 45 du *Code du travail*²⁷⁴.

Le fiduciaire doit donc porter une attention particulière à son administration et à la vente des biens de la corporation s'il veut éviter qu'elle soit considérée comme une aliénation totale ou partielle de l'entreprise. Ainsi, dans l'affaire *Le Syndicat National du textile primaire de Drummondville (C.S.N.) c. La filature de Drummondville Ltée*²⁷⁵, la corporation avait fermé ses portes et congédié ses employés avant même la prise de possession. Le

271. *Supra*, note 255.

272. L.R.Q. chap. C-27.

273. *Montreal Trust Company c. Le Tribunal du Travail*, *supra*, note 183 pour le jugement du tribunal du travail et de la Cour supérieure et [1975] R.D.T. 353 pour le jugement de la Cour d'appel.

274. *Les produits Lionel (1976) Ltée c. Syndicat des employés des produits Lionel Inc. (C.S.N.)*, [1977] T.T. 281.

275. [1974] T.T. 181.

fiduciaire n'avait pas exploité l'entreprise et avait finalement vendu une partie des actifs à un acquéreur qui n'effectuait pas la même production que la corporation. Dans de telles circonstances, le tribunal est venu à la conclusion qu'il n'y avait pas de concession d'entreprise. Sur ce point, le juge Poirier souligne ce qui suit :

La liquidation de certains biens par la Banque Canadienne Nationale, le congédiement des employés, la proposition refusée par les créanciers et la faillite, la vente des propriétés mobilières et immobilières à Valmour Realty, l'acquisition par la Filature de Drummondville de la machinerie et la location, à cette dernière, d'une partie de l'édifice sans qu'il y ait acquisition d'inventaire, de clientèle ou de « goodwill », etc. sont des éléments qui, pris isolément, peuvent avoir une importance plus ou moins relative mais qui, pris dans leur ensemble, indiquent bien que l'entreprise de Tempo a définitivement cessé d'exister. Il ne s'agit donc pas, uniquement, d'une entreprise qui cesse momentanément d'être « activement exploitée » au moment de la location à la Filature de Drummondville. C'est une entreprise qui a disparu à toutes fins pratiques et dont on a procédé au démantèlement.²⁷⁶

Par contre, même si le fiduciaire n'exploite pas activement l'entreprise, si l'acquéreur opère le même commerce, l'article 45 du *Code du travail* trouvera application nonobstant un délai de quelques mois sans opérations. Ainsi, il peut y avoir suspension de l'entreprise, mais une suspension indique bien qu'il n'y a pas disparition²⁷⁷.

Dans un tel genre de vente, chaque cas est un cas d'espèce et le fiduciaire ainsi que l'acquéreur éventuel devront examiner soigneusement les circonstances entourant la prise de possession, l'administration et la vente des biens, s'ils veulent éviter l'application du *Code du travail*. En cas de doute et si l'acquéreur éventuel insiste pour ne pas être lié par l'accréditation ou la convention collective, le fiduciaire n'aura pas d'autre choix que de procéder par vente en justice.

La vente de gré à gré est donc un moyen beaucoup plus expéditif et souvent plus avantageux que la vente en justice ; néanmoins, dans certains cas, les désavantages peuvent être suffisamment considérables pour inciter le fiduciaire à procéder par voie de justice.

4.6. Distribution du prix de vente

Nous avons vu précédemment que le fiduciaire prend le rang d'un créancier hypothécaire sur les immeubles et que son privilège sur les meubles prend rang après tous les autres créanciers privilégiés indiqués aux articles

276. *Id.* à la page 184.

277. *Supra*, note 274 à la page 292.

1994 et suivants C.C. Cependant, il arrive que certains créanciers, et plus particulièrement les banques, détiennent des garanties d'un ordre différent que ce qui est prévu au *Code civil*. Dans un tel cas, la question de déterminer la priorité de rang sur le produit de la vente peut soulever de sérieuses difficultés.

Bien que le but du présent travail n'est pas d'examiner le rang des différents créanciers sur le produit de la vente des biens par le fiduciaire, il y a lieu de souligner une décision particulière de la Cour supérieure dans l'affaire *Imasa Ltd. c. Artitex Knitting Mills Inc.*²⁷⁸ Dans cette affaire, le produit de la vente n'était pas suffisant pour payer tous les créanciers privilégiés et il s'agissait de déterminer comment le produit serait divisé entre les créanciers. Afin de trancher la question, le juge Bard, devant le silence du *Code civil*, a appliqué la doctrine du « marshalling ». Cette doctrine, issue des cours d'Equity anglaises, a pour but d'assurer la distribution du produit de la vente de façon à ce que le créancier détenant une garantie de deuxième rang y trouve le meilleur compte possible²⁷⁹.

L'application par un tribunal québécois de règles d'Equity anglaises pour trouver une solution à un problème de droit civil était très surprenante et le juge Monet de la Cour d'appel n'a pas manqué d'effectuer une mise au point à ce sujet :

Le premier juge a désiré introduire dans notre droit civil la « doctrine of marshalling » dont on peut fort bien se dispenser.

Certes, le droit comparé présente beaucoup d'intérêt pour le juriste.

Néanmoins, il est irritant de devoir répéter que notre système de droit civil est autonome...²⁸⁰

Il semble donc bien établi que les problèmes découlant de la vente des biens par le fiduciaire doivent être interprétés et solutionnés à la lumière des règles du droit civil uniquement.

Conclusion

Au terme de cette étude des droits et obligations du fiduciaire, force est de constater que la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, en accordant au fiduciaire les pouvoirs de prendre possession, d'administrer et

278. [1977] C.S. 531.

279. L. PAYETTE, « Les sûretés mobilières et le marshalling », (1979) 39 *R. du B.* 306 à la page 307.

280. *Central Factors Corporation c. Imasa Ltd.*, C.A.M. n° 500-09-000245-779, le 12 mars 1979, opinion du juge Monet, à la page 1.

de vendre les biens sans préciser davantage de quelle façon il devait exercer ces pouvoirs, a soulevé de nombreux problèmes qui ne peuvent tous être résolus de façon satisfaisante.

Au surplus, ceci a permis d'insérer dans les actes de fiducie des modalités d'exercice de ces pouvoirs qui sont toutes à l'avantage du fiduciaire et qui peuvent être une source d'abus de la part des fiduciaires et de leurs agents dans certains cas.

Si la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* doit continuer d'exister et d'être utilisée aussi fréquemment qu'elle l'est présentement, il y aurait avantage à effectuer certaines modifications quant à l'exercice des pouvoirs conférés au fiduciaire.

Ainsi, à l'égard du pouvoir de prendre possession, il serait important de prévoir qu'il soit précédé d'un avis écrit et enregistré. Si la corporation débitrice refuse de remettre la possession des biens au fiduciaire, il faudrait que ce dernier puisse s'adresser aux tribunaux d'une manière expéditive pour faire valoir son droit; ainsi on pourrait penser à une disposition permettant une requête pour mise en possession.

Au sujet du pouvoir d'administration, la nature même du rôle du fiduciaire est fort ambiguë et il serait important de prévoir des dispositions réglementant son administration. En droit civil, le fiduciaire qui a pris possession et qui administre est en fait un administrateur des biens d'autrui et son administration pourrait être contrôlée en modifiant les dispositions du *Code civil* à ce sujet ou en ajoutant des dispositions particulières à cet effet, comme c'est le cas pour les séquestres et séquestres gérants dans la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.

Pour la vente des biens, le problème repose surtout sur l'obligation du fiduciaire de respecter les créanciers qui lui sont privilégiés lors d'une vente de gré à gré. Il serait important de prévoir certaines formalités requises tant du fiduciaire pour faire connaître la date de la vente des biens que des créanciers privilégiés pour faire connaître au fiduciaire leur réclamation.

Il faut tenir compte cependant que plusieurs des décisions discutées dans le présent travail sont présentement en appel et que la Cour d'appel du Québec aura l'occasion de trancher plusieurs des points litigieux qui existent entre fiduciaire, corporation débitrice et créanciers privilégiés. Il faut également tenir compte de ce que le *Projet de Code civil* sur les sûretés de l'Office de révision du Code civil incorpore presque toutes les garanties qui peuvent être obtenues par la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* et prévoit plusieurs dispositions qui précisent les pouvoirs d'un créancier lorsqu'il réalise sa garantie.

Cependant, ces modifications ne résoudront pas tous les problèmes et ne prendront pas effet immédiatement. Il y aurait donc avantage à procéder, malgré tout, à certaines modifications législatives afin de régler, à tout le moins, les difficultés les plus importantes.

Il est tout de même surprenant, compte tenu du fait que la nature des garanties octroyées au fiduciaire a été définie de façon déterminante il y a de nombreuses années, qu'il ait fallu attendre les années 1970 pour que l'exercice de ces pouvoirs par le fiduciaire fasse véritablement l'objet de débats judiciaires. C'est peut-être l'utilisation plus répandue de cette forme de garantie qui a amené un plus grand nombre de litiges et qui justifie qu'on y apporte une attention particulière.